

Das Erzieherprivileg im Strafrecht

Inauguraldissertation zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der
Rechte durch die Rechtswissenschaftliche
Fakultät der Ruhr-Universität-Bochum.

Vorgelegt von:

Regina Welke-Chlosta

Bochum 1978

Das Erzieherprivileg im Strafrecht

Inauguraldissertation zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der
Rechte durch die Rechtswissenschaftliche
Fakultät der Ruhr-Universität-Bochum.

vorgelegt von :

Regina Welke-Chlosta

Bochum 1978



Dekan : Prof. Dr. Herzberg
Erstberichterstatter : Prof. Dr. Geilen
Zweitberichterstatter : Prof. Dr. Achenbach



Abkürzungsverzeichnis

aaO	- am angegebenen Ort
Abs.	- Absatz
ACP	- Archiv für die civilistische Praxis zitiert nach Band und Seite
AE	- Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches hier: Besonderer Teil- Sexualdelikte, Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand und gegen den religiösen Frieden
a.F.	- alte Fassung
AG	- Amtsgericht
Art.	- Artikel
Aufl.	- Auflage
Begr.	- Begründung
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch v.18.8.1896- letzte Änderung vom 16.8.1977
BT-Drucks	- Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	- Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	- Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zitiert nach Band und Seite
BVerwG	- Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	- Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zitiert nach Band und Seite
DJT-Gutachten	- Gutachten zum Deutschen Juristentag
E	- Entwurf
FamRZ	- Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, zitiert nach Jahr und Seite
GG	- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1950
GjS	- Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften vom 9.6.1953, letzte Änderung vom 2.3.1974
JöschG	- Gesetz zum Schutz der Jugend in der Öffentlichkeit vom 27.7.1957, letzte Änderung vom 2.3.1974
JWG	- Gesetz für Jugendwohlfahrt, in der Fassung vom 6.8.1970, letzte Änderung vom 20.8.1975
LK	- Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar,
Prot	- Protokolle
RdJ	- Recht der Jugend und des Bildungswesens

	zitiert nach Jahr und Seite
WAZ	- Westdeutsche Allgemeine Zeitung
ZRP	- Zeitschrift für Rechtspolitik
	zitiert nach Jahr und Seite

1. <u>Einleitung</u>	1
1.1. Funktion des Erzieherprivilegs.....	1
1.2. Problemübersicht.....	3
2. <u>Erzieherprivileg und Elternrecht - die Bedeutung des Art. 6 Abs. 2 GG</u>	3
2.1. Die Aussage des Art. 6 Abs. 2 GG.....	4
2.2. Anmerkungen zum Begriff "Elternrecht".....	5
2.3. Die Entstehung des in Art. 6 Abs. 2 GG enthaltenen Konflikts zwischen Elternrecht, Kindeswohl und staatlichem Interesse.....	6
2.4. Stellung eines Erzieherprivilegs.....	12
3. <u>Die gesetzestechnische Entstehung des Erzieherprivilegs in den §§ 180, 184, 131 StGB</u>	17
4. <u>Parallelerscheinungen, Vorbilder</u>	22
4.1. Negative Vorbilder.....	22
4.2. Gesetzesentwürfe mit Vorbildern... ..	23
4.2.1. Der Entwurf eines StGB von 1925.....	23
4.2.2. Der Entwurf eines StGB von 1927.....	24
4.2.3. Der E 1930.....	25
4.3. Ausländische Vorbilder.....	27
4.4. Parallelen im Bereich des Jugendschutzes.....	27
4.4.1. Das Gesetz zum Schutz der Jugend in der Öffentlichkeit.....	28
4.4.2. Das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften.....	29
4.5. Anhaltspunkte im neuen Familienrecht?.....	35
5. <u>Bedeutung und Anwendung des Erzieherprivilegs bei den einzelnen Tatbeständen</u>	36
5.1. Das Erzieherprivileg in § 180 Abs. 1 S. 2 StGB.....	36
5.1.1. Altes und neues Recht.....	36
5.1.2. Eine Betrachtung des Kuppeleitatbestandes.....	39
5.1.3. Auswirkungen der Neufassung.....	40
5.1.4. Die Funktion des Erzieherprivilegs.....	42
5.1.5. Der erfaßte Personenkreis.....	42
5.1.6. Erfaßte Fälle.....	44
5.1.6.1. Anwendungsbereich des pädagogischen Notstands...44	
5.1.6.2. Sexualerziehung.....	50

5.1.7.	Kritik zu den einzelnen Formulierungen des Erzieherprivilegs in § 180 Abs. 1 S. 2.....	53
5.1.7.1.	Die Mißbrauchsklausel.....	53
5.1.7.2.	Die Teilnahmeproblematik.....	62
5.1.7.3.	Die Beschränkung des Privilegs auf § 180 Abs. 1 Nr. 2.....	67
5.1.7.4.	Das Erzieherprivileg und der "Dritte" i.R.des § 180.....	68
5.1.7.5.	Die Strafbarkeit des Dritten.....	74
5.1.8.	Zusammenfassung.....	73
5.2.	Das Erzieherprivileg bei § 184 StGB.....	73
5.2.1.	Die Diskussion um die Reform des § 184.....	74
5.2.2.	Der neue Begriff des Pornographischen.....	79
5.2.3.	Die Funktion des Erzieherprivilegs.....	83
5.2.4.	Der erfaßte Personenkreis.....	84
5.2.5.	Erfaßte Fälle.....	84
5.2.6.	Kritik zu den einzelnen Formulierungen des Erzieherprivilegs bei § 184 Abs. 4.....	90
5.2.6.1.	Die spezielle Teilnehmerproblematik.....	90
5.2.6.2.	§ 184 Abs. 1 Nr. 2 und das Erzieherprivileg.....	92
5.3.	Das Erzieherprivileg bei § 131.....	94
5.3.1.	Besonderheiten bei der Entstehung des § 131.....	94
5.3.2.	Bemerkungen zum Hintergrund des § 131.....	96
5.3.3.	Überblick über die Problematik des Tatbestandes..	99
5.3.4.	Überblick über den Theorienstreit zur Wirkung von Gewaltdarstellungen.....	102
5.3.5.	Das Erzieherprivileg bei § 131.....	105
5.4.	Die Problematik der Fernwirkung des Erzieherprivilegs.....	107
5.5.	Zusammenfassung.....	112
6.	<u>Die dogmatische Einordnung des Erzieherprivilegs</u>	113
6.1.	Die Lösung des Gesetzgebers.....	114
6.2.	Strafausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund.....	120
6.2.1.	Das Erzieherprivileg als Strafausschließungsgrund.....	121
6.2.2.	Die Rechtfertigungslösung.....	124
7.	<u>Schlußbetrachtung</u>	127

- Abraham, H.J.
Badura, P. Kommentar zum Bonner Grundgesetz
Bd. 1 ff., Hamburg 1950 ff.
- Adorno, Th. Sexualtabus und Recht heute
in: Sexualität und Verbrechen,
Fischer-Bücherei, 2. Aufl., 1968,
S. 299 ff.
- Affemann, R. Gutachten zur öffentlichen Anhörung
von Sachverständigen zum Entwurf
eines Vierten Gesetzes zur Reform
des Strafrechts
BT-Drucks. VI/8. 843 ff. (S. 945 ff.)
- Anders, J. Freiheitsentziehung durch den Inhaber
der elterlichen Gewalt, FamRZ 1960,
475
- Arendt, G. Empirie, Emanzipation und Sexual-
forschung
in: Tendenzen der Sexualforschung
Schmidt, Sigusch, Schorsch (Hrsg.)
S. 10 ff.
- Baumann, J. Täterschaft und Teilnahme
JuS 1963, S. 51 ff. (52)
- Baumann, J. Der lange Weg des 4. Strafrechts-
reformgesetzes
in: ZRP 1971 (S. 129 ff.)
- Baumann, J. Glückliche Menschen durch Straf-
recht
in: JR 1974, S. 370 ff.
- Baumann, J. Strafrecht, AT, 7. Aufl., Bielefeld
1975
- Baumann, J. u.a. Alternativentwurf eines Strafrechts-
gesetzbuches, BT, Sexualdelikte, Straf-
taten gegen Ehe, Familie und Perso-
nenstand, Tübingen 1968
- Becker, W. Kleines Handbuch des Jugendschutzes
4. Aufl., 1968
- Becker, W. Erziehungspflicht und Strafrecht
in: NJW 1952, S. 1082 ff.

- Becker, W. Weichendes Elternrecht - wachsendes Kindesrecht
in: RdJ 1970, 364 ff.
- Becker, W. Wird der Wille des Kindes berücksichtigt?
in: Jugendwohl 1970, S. 400 ff.
- Becker, W. Das jugendgefährdende Opus in der Rechtsprechung
in: MDR 1968, S. 881 ff.
- Becker, W. Pornographische und gewaltdarstellende Schriften
in: MDR 1974, S. 177 ff.
- Becker, W.
Ruthe Das Erzieherprivileg nach dem Vierten Strafrechts-Reformgesetz
in: FamRZ 1974, S. 508 ff.
- Bindokat, H. Anmerkung zu BGH NJW 1961, S. 1031
in: NJW 1961, S. 1731 ff.
- Bindokat, H. Zur Frage der Kuppelei bei Verlobten
in: GA 1955, S. 167 ff.
- Blau, G. Die Delikte gegen die Familie und gegen die Sittlichkeit
in: FamRZ 1964, S. 242 ff.
- Blei, H.O. Eine neue Strafvorschrift
in: JA 1973, S. 169 ff.
- Bockelmann, F. Zur Reform des Sexualstrafrechts,
in: Festschrift für Maurach, 1972 S. 391 ff.
- Böttcher, H. Gutachten zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Reform des Strafrechts
BT-Drucksache VI/S. 843 ff. (S. 1042 ff.)
- Boxdorfer, D. Pornographie - sozialeschädliche Unverträglichkeit oder strafwürdige Sozialschädlichkeit
in: MDR 1971, 445
- Dreher, E. Strafgesetzbuch, 35. Aufl., München 1975, 36. Aufl., München 1976

- Dreher, E. Die Neuregelung des Sexualstrafrechts - eine geglückte Reform?
in: JR 1974, S. 45 ff.
- Durz, W. Nochmals: Privatrechtliches Unterbringungsrecht,
in: FamRZ 1961, 247
- Frantzoich, F. Die Entwicklung des gesetzlichen Jugendschutzes in Deutschland
Diss. Hamburg 1971
- Franzheim, H. Zur strafrechtlichen Relevanz von Individual- und Sozialethik
in: GA 1962, S. 129 ff.
- Geilen, G. Unterlassene Verbrechensanzeige und ernsthafte Abwendungsbemühung
in: JuS 1965, S. 426
- Gerhardt, E. Die Beschränkung der Gesetzgebung auf das Unerläßliche
in: NJW 1957, S. 375 ff.
- Gerhardt, E. Gewaltdarstellungsverbot und Grundgesetz
in: Beiträge zum Rundfunkrecht, Bd. 16, Frankfurt 1974
- Gernhuber, J. Lehrbuch des Familienrechts, 1. Aufl. München 1964, 2. Aufl., München 1971
- Gernhuber, J. Elterliche Gewalt heute
in: FamRZ 1962, S. 89 ff.
- Giese, H. Das obszöne Buch
in: Beiträge zur Sexualforschung, Heft 35, 1965
- Giesen, D. Zur Strafwürdigkeit der Delikte gegen Familie und Sittlichkeit
in: FamRZ 1965, S. 248
- Halle, F. Geschlechtsleben und Strafrecht, Berlin 1931
- Hamann, A. Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Kommentar, 3. Aufl. 1970
- Lenz, H.

- Hammerschmidt Gewaltdarstellung und Pornographie im Rundfunk,
in: Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität Köln, Bd. 11, München 1972, S. 23 ff.
- Hanack, E.W. Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen
Gutachten 17. zum 47. Deutschen Juristentag, München 1968
- Hanack, E.W. Die Reform des Sexualstrafrechts
in: NJW 1974, S. 1 ff.
- Hanack, E.W. Gutachten zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Reform des Strafrechts, BT-Drucksache VI/S. 843 ff. (S.
- Hanack, E.W. Die Straftaten gegen die Sittlichkeit im Entwurf 1962
in: ZStW 77, S. 441 ff.
- Hellmer, J. Kriminalpolitik und Sittenstrafrecht
in: ZStW 70, 360 ff.
- Herzberg, R.D. Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände
in: GA 1971, S. 10 ff.
- Hirsch, H.J. Soziale Adäquanz und Unrechtslehre
in: ZStW 74, S. 78 ff.
- Horstkotte Kuppelei, Verführung und Exhibitionismus nach dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts
in: JZ 1974, S. 84 ff.
- Jahn, G. Gewaltdarstellung, Pornographie und Rundfunk in der Strafrechtsreform
in: Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität Köln, Bd. 11, München 1972 S. 5 ff.
- Jescheck, H.J. Lehrbuch des Strafrechts, AT,
2. Aufl., Berlin 1972

- Jescheck, H.J. Gutachten zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Reform des Strafrechts
BT-Drucksache VI/S. 845 ff. (S.
- Just-Dahlmann, B. Referat im Sitzungsbericht K zum 47. Deutschen Juristentag, K 7 ff.
- Jurgens, H.W. Gutachten zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen zum 7. Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Reform des Strafrechts, BT-Drucksache VI, S. 245 ff. (S. 844 ff.)
- Katschinsky, B. Pornographie und Sexualverbrechen
Köln 1971
- Kaufmann, Armin Anmerkung zu BGH, MDR 1958, S. 177
in: MDR 1958, S. 177 ff.
- Kellner, Hella
Horn, Immo Gewalt im Fernsehen - Literaturbericht über Medienwirkungsforschung
Heft 8 der Schriftenreihe des 2. Deutschen Fernsehens, Mainz 1974
- Kentler, H. Kritik der gegenwärtigen Sexualerziehung
in: Tendenzen der Sexualforschung (Hrsg. Schmidt, Sigusch, Schorsch, Stuttgart 1970, S. 23 ff.
- Kentler, H. Gutachten zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Reform des Strafrechts, BT-Drucksache VI/S. 845 ff. (S.
- Kentler, H. Sexualerziehung, rororo, 1970
- Kerscher, K.H. u.a. Emanzipatorische Sexualpädagogik und Strafrecht, Darmstadt 1975
- Klößner, A. Kesseltreiben gegen das GJS
in: Jugendschutz, Heft 1/2 1966, S. 8 ff.
- Kielwein, G. Unterlassung und Teilnahme
GA 1955, S. 225 ff.
- Kienapfel, D. Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, Karlsruhe 1961

- Kohlhaas, M. Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?
in: DRiZ 1968, S. 265 ff.
- Kohlrausch/Lange Strafgesetzbuch, 45. Aufl., Berlin 1961
- Koffinke, G. Die Familienpflicht in der strafrechtlichen Lehre von Unrecht und Schuld, Diss. 1937
- Kratzsch, D. Straflosigkeit einer mit einer Angehörigenbegünstigung konkurrierenden Fremdbegünstigung
in: JR 1974, S. 186 ff.
- Lackner, K. Strafgesetzbuch mit Erläuterungen 9. Aufl., München 1975; 10. Aufl. München 1976
- Lange, R. Notwendige Teilnahme, Berlin 1940
- Lange, R. Ist das Fernsehen kriminogen?
in: Festschrift für Heinitz, 1972 S. 595 ff.
- Laufhütte, H. Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts,
in: JZ 1974, S. 41 ff.
- Lechleitner
- Leipziger Kommentar Großkommentar der Praxis, (beg. v. L. Ebermayer, A. Lobe, W. Rosenberg), Berlin, New York, 8. Aufl. 1958, 9. Aufl., 1970
- Lenckner, Th. Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nulla poena sine lege"
in: JuS 1968, S. 249 ff. und S. 304 ff.
- Leither Zur Problematik des § 170 d
in: NJW 1954, S. 493
- Lüsken, G.
Lepiri, E. Soziologie der Familie, 1970

VII

- | | |
|---------------------------------------|---|
| Maurach, R. | Deutsches Strafrecht, AT, 4. Aufl.,
Karlsruhe 1974 |
| Maurach, R. | Deutsches Strafrecht, BT, 5. Aufl.,
Karlsruhe 1969 |
| Maunz, Th.
Dürig, G.
Herzog, R. | Grundgesetz-Kommentar, 1970 ff. |
| Mezger, W. | Gutachten zur öffentlichen Anhörung
von Sachverständigen zum Entwurf
eines Vierten Gesetzes zur Reform
des Strafrechts, BT-Drucksache
VI/S. 843 ff. (S. 938 ff.) |
| Milhoffer | Familiensoziologie, 1973 |
| Mitscherlich, A. | Gutachten zur öffentlichen Anhörung
von Sachverständigen zum Entwurf
eines Vierten Gesetzes zur Reform
des Strafrechts, BT-Drucksache VI,
S. 843 ff. (S. 962 ff.) |
| Mollenhauer, K. | "Familienerziehung"
in: Wörterbuch der Erziehung,
S. 206 ff. |
| Mollenhauer, K. | Erziehung und Emanzipation,
München 1968 |
| von Münch, I.
(Hrsg.) | Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1
Frankfurt 1974 |
| Falandt, u. Bearb. | Bürgerliches Gesetzbuch, 54. Aufl.,
München 1975 |
| Peters, K. | Sexualstrafrecht - Gedanken zum AE
in: Mschr.Krim. 1969, S. 41 ff. |
| Peters, K. | Beschränkung der Tatbestände im BT
in: ZStW 77, 475 |
| Petters-Preisendanz | Strafgesetzbuch, 29. Aufl., Berlin
1975 |
| Potrykus | Gesetz über die Verbreitung jugend-
gefährdender Schriften, 2. Aufl.,
1967 |

- Schönke-Schröder
neubearb. v. Lenckner u.a. Strafgesetzbuch, 18. Aufl.,
München 1976
- Schönke-Schröder
neubearb. v. Lenckner u.a. Strafgesetzbuch 19. Aufl.,
München 1978
- Schriftenreihe der
Deutschen Studiengesell- Die Darstellung der Gewalt in den
schaft für Publizistik Massenmedien, Bd. 10, 1975
- Schriftenreihe des Insti- Gewaltdarstellung und Pornographie
tuts für Rundfunkrecht im Rundfunk, Bd. 11, 1972
an der Universität Köln
- Schroeder, Fr. Chr. Die Straftaten gegen die sexuelle
Selbstbestimmung nach dem Entwurf
eines 4. StrRG
in: ZRP 1971, S. 14 ff.
- Schroeder, Fr. Chr. Das neue Sexualstrafrecht,
Karlsruhe 1976
- Schroeder, Fr. Chr. Das Erzieherprivileg im Strafrecht
in: Festschrift für R. Lange,
Berlin 1976, S. 391 ff.
- Schwerdtner Kindeswohl oder Elternrecht
in: ACP 173, S. 227 ff.
- Siebert Jugendschutzgesetz, Berlin 1959
- Sigusch, U. Gutachten zur öffentlichen Anhörung
von Sachverständigen zum Entwurf
eines Vierten Gesetzes zur Reform
des Strafrechts, BT-Drucksache,
S. 845 ff. (S. 861 ff.)
- Simitis, S. (Hrsg.) Seminar: Familie und Familien-
Lenz, G. recht, Bd. I, Frankfurt 1975
- Simson Grenzen des Sexualstrafrechts in
Deutschland und Schweden,
in: JZ 1968, S. 481 ff.
- Sitzungsbericht K zum 47. Deutschen Juristentag,
Empfiehlt es sich, die Grenzen
des Sexualstrafrechts neu zu bestim-
men? München 1968
- Stratenwerth, G. Strafrecht, AT, Köln 1971
- Stratenwerth, G. Prinzipien der Rechtfertigung
in: ZStW 68, S. 41 ff.

1. Einleitung

"Im Übrigen sieht der Regierungsentwurf hier wieder das eigenartige Erzieherprivileg vor".¹⁾ "Das in § 180 I S. 2 StGB enthaltene umstrittene Erzieherprivileg macht in der konkreten Ausgestaltung des § 180 das ganze Institut verfassungsrechtlich fragwürdig"²⁾. Mit dem Erzieherprivileg "hat der Gesetzgeber eine Entscheidung getroffen, die im Widerspruch zu stehen scheint zu anderen Reformvorhaben ..."³⁾.

Eine denkwürdige Art, ein zumindest für das Strafrecht "neugeborenes Kind" literarisch zu begrüßen! Einen erfolgreichen Lebensweg verkünden diese Bemerkungen nicht. Ob er trotzdem möglich und wünschenswert ist, muß geklärt werden.

1.1. Funktion des Erzieherprivilegs

Das Erzieherprivileg schränkt die durch das 4. Strafrechtsreformgesetz neugefaßten §§ 131, 180, 184 StGB⁴⁾ und § 21 GJS wie folgt ein:

Auf den zur Sorge für eine Person Berechtigten sind diese Vorschriften "nicht anzuwenden",⁵⁾ wenn er

- Schriften, die Gewalttätigkeiten gegen Menschen in grausamer oder sonst unmenschlicher Weise schildern und dadurch eine Verherrlichung oder Verharmlosung solcher Gewalttätigkeiten ausdrük-

1) Schroeder, ZRP 1971, S. 14 ff. (20)

2) Lackner, StGB, § 180, Anm. 5a

3) Becker/Ruthe, FamRZ 1974, S. 508 ff. (508)

4) §§ ohne Bezeichnung sind solche des StGB

5) Gesetzesformulierung in den §§ 180, etc.

ken oder die zum Rassenhaß aufstacheln, Kindern oder Jugendlichen bzw. Personen unter 18 Jahren, anbietet, überläßt oder zugänglich macht (vgl. § 131 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 Nr. 3 und § 21 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1, i.V.m. § 6 Ziff. 1 GJS),

- pornographische Schriften i.S. von § 11 Abs. 3, die Gewalttätigkeiten, den sexuellen Mißbrauch von Kindern oder sexuelle Handlungen von Menschen mit Tieren zum Gegenstand haben, anbietet, überläßt oder zugänglich macht (vgl. § 184 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 u. § 11 Abs. 3),
- Schriften, die in die Verbotsliste gem. § 1 GJS aufgenommen sind oder schwer jugendgefährdende Schriften i.S. des § 6 GJS einem Kind oder Jugendlichen anbietet, überläßt oder zugänglich macht (vgl. § 21 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 i.V.m. § 6 Nr. 3 GJS). - Allerdings darf nach den Vorschriften des GJS auch ein Dritter sanktionslos die tatbestandliche Handlung vornehmen, wenn der Sorgeberechtigte einwilligt (vgl. § 21 Abs. 4, 2. Alt.). Der Personensorgeberechtigte darf aber weder durch eigenes Verhalten noch durch die Einwilligung seine Erziehungspflicht gröblich verletzen. -
- durch Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheiten sexuellen Handlungen einer Person unter sechzehn Jahren an oder vor einem Dritten oder sexuellen Handlungen eines Dritten an einer Person dieses Alters Vorschub leistet und er hierdurch nicht seine Erziehungspflicht gröblich verletzt (vgl. § 180 Abs. 1 S. 2).

Dem Gesetzestext ist jeweils zu entnehmen, daß ein sich für strafbar erklärtes Verhalten straflos wird, wenn der Vorgang sich in dem Bereich Erziehungsberechtigter - zu Erziehender abspielt und i.R. der §§ 180 und 21 GJS die Erziehungspflicht nicht gröblich verletzt wird.

1.2. Problemübersicht

Mit der Schaffung einer solchen Regelung stellt sich ein Bündel von Fragen: Warum hat der Gesetzgeber das Erzieherprivileg eingeführt, welche Motive und Interessen können dahinterstecken? Worauf läßt es sich stützen, in welchen gesellschafts-politischen Rahmen läßt es sich stellen? Gibt es Parallelererscheinungen in anderen Gesetzen? Welche Fälle werden erfaßt oder müssen erfaßt werden und was kann das Erzieherprivileg strafrechtsdogmatisch sein?

2. Erzieherprivileg und Elternrecht - die Bedeutung des Art. 6 Abs. 2 GG

Folgende These läßt sich der Diskussion um das Erzieherprivileg entnehmen: Dieses Privileg ist abgesichert durch Art. 6 Abs. 2 GG. Das Elternrecht deckt oder stärker fordert für die entsprechenden Strafvorschriften eine derartige Privilegierung¹⁾.

2.1. Die Aussage des Art. 6 Abs. 2 GG

Art. 6 Abs. 2 GG enthält einmal als Institutsgarantie das Recht der Eltern²⁾, die eigenen Kinder zu erziehen. Daneben überträgt er aber als echtes sub-

1) Vgl. den Diskussionsbeitrag des Abg. Dr. Groß während des Sachverständigen-Hearings, der eine Aussage Baduras anführte, wonach Art. 6 II GG zwingend die Einführung eines E-Privilegs bei § 180 erfordere - Gutachten, S. 1108; einschränkend Schroeder, Fr. Ch., Das neue Sexualstrafrecht, S. 23 f.; ders., Festschrift für Lange, S. 397

2) wobei Eltern i.S. des Art. 6 II GG auch die Mutter eines unehelichen Kindes und die Adoptiveltern sind, vgl. BVerfGE 24, 150; wegen der jeweils abgeleiteten Position - entweder von den leiblichen Eltern oder vom Staat - werden Pflegeeltern, Vormund und Pfleger teilweise nicht als Eltern i.S. des Art. 6 betrachtet, vgl. von Münch, GG, Art. 6 Rdnr. 20 m.w.Nachw.

jektives Recht nach herrschender Meinung den Eltern einen Anspruch darauf, daß der Staat unzulässige Eingriffe in das Elternrecht und seine Ausübung unterläßt¹⁾. Bis zu bestimmten Grenzen entstehen für die Eltern qua Verfassung erzieherische Freiräume, die sie eigenverantwortlich ausfüllen können. Diese Freiräume umfassen die Festlegung von Erziehungszielen und die Wahl der Erziehungsmittel für den jeweiligen Lebensbereich, wobei nach herrschender Meinung die Eltern nur durch die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG, d.h. durch die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz eingeengt sind²⁾. Gehen Eltern über diesen bestehenden Rahmen hinaus, ist ein Appell an den Staat in seiner Funktion als "Wächter"³⁾. Diese Interpretation macht aber gleichzeitig deutlich, daß sich auch die das Erzieherprivileg ablehnenden Stimmen auf den Art. 6 Abs. 2 GG berufen können, indem sie davon ausgehen, das jeweilige Verhalten sei angesichts der Schutzgüter der §§ 180, 184 und § 131 ein Mißbrauch des Elternrechts, es müsse ein solches Verhalten der Eltern vielmehr den Staat als Wächter mobilisieren. Um in dieser Auseinandersetzung Stellung beziehen zu können, ist es notwendig, den Inhalt des Art. 6 Abs. 2 GG im Hinblick auf die zur Diskussion stehende gesetzliche Regelung näher zu betrachten.

-
- 1) Abraham, Badura, GG, Art. 6 S. 5; Hamann, Lenz, GG, S. 209; Schneider, Bleibetreu, Klein, GG, S. 181; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 6 Rdnr. 22; von Münch, GG, Art. 6, Rdnr. 13 ff.; Gernhuber, Lehrbuch, § 5 IV
 - 2) Vgl. Fn. 1; noch weitergehend - und im Grunde ohne Festpunkt - Gernhuber, Familienrecht, 5 IV 8, wonach "die Erziehungsziele nur irgendwie im abendländischen Raum diskutierbar sein müssen".
 - 3) Vgl. Fn. 1 und BVerfGE 5, 153

2.2. Anmerkungen zum Begriff "Elternrecht"

Die Aussagen, die Art. 6 Abs. 2 GG heute trifft, sind als Abschluß eines historischen Prozesses zu betrachten. Art. 6 GG insgesamt verkörpert ein bedeutendes Stück gesellschaftlicher Ordnung.

Der Abs. 2 behandelt als vordringlichsten Aufgabenkreis der Familie die Erziehung der Kinder. Vor seiner verfassungsrechtlichen Verankerung fand das Elternrecht gesetzlich seine Heimat im Privatrecht. Kraft privatrechtlicher Vorschriften war es ureigenste Pflicht der Eltern, die Kinder zu erziehen. Es galt - einschlägigen Kommentierungen folgend - die Familie als Schutzhülle gegen Gefahren von außen¹⁾. Versehen mit dieser Hülle war die Familie der einzige oder zumindest der bevorzugte Ort, an dem Kinder zu erziehen waren.

An den Formulierungen und der vordergründigen Aussage dieses Satzes hat sich mit der Übernahme ins Verfassungsrecht nichts geändert. Auch Art. 6 Abs. 2 GG spricht von dem "natürlichen Recht" der Eltern, weist ebenso die Erziehung dem Familienbereich zu. Daraus könnte man schließen, daß das Sozialgebilde Familie in dieser Funktion keiner Klärung bedarf, sich nichts verändert hat, lediglich die gesetzmäßige Einordnung eine andere oder zusätzliche geworden ist. Die Familie würde interpretiert als quasi "zeitlose Erscheinung"²⁾. Von dieser Vorstellung geht man auch aus, wenn man ein Einbrechen in diese Ordnung zwar sieht, aber nur unter dem Blickwinkel, daß trotzdem im Rahmen des Art. 6 Abs. 2 GG ein stets unveränderlicher Kern übrigbleibt, der "eben jene natürliche Ordnung der Dinge zum Ausdruck

1) Frantzoich, S. 6 ff.; Becker, Handbuch, S. 4

2) Vgl. Simitis, S. 16; Rattner, JZ 74, S. 1 ff.

bringt" ¹⁾).

Es kann aber kaum bestritten werden, daß in Einzelbereichen auch dieser Kern bereits in Frage steht. In einigen literarischen Stellungnahmen weisen Sätze wie: "Die Familie hat endlich auch an Bedeutung für die Erziehung verloren (...) Der moderne Staat ist bestrebt, bestimmte Erziehungsinhalte durchzusetzen ..." ²⁾ darauf hin, daß jener Kerninhalt durch Veränderungen in der sozialen Umwelt zumindest tangiert werden kann.

Setzt man als kleinsten gemeinsamen Nenner fest, daß sich der Rahmen, in den man das soziale Gebilde Familie setzen muß, verändert hat, so kann unter Berücksichtigung der Interdependenzen von gesellschaftlichem und familiärem Raum das heutige Spannungsfeld des Art. 6 Abs. 2 GG entwickelt werden.

2.3. Die Entstehung des in Art. 6 Abs. 2 GG enthaltenen Konfliktes zwischen Elternrecht Kindeswohl und staatlichem Interesse

Die vielfältige soziologische Literatur zu diesem Thema bietet zur Ausleuchtung des Hintergrundes die verschiedensten Ansätze, deren minutiöse Darstellung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde ³⁾. Vielmehr soll ein mehr oder weniger "juristischer Ansatz" gesucht werden. Da Gesetze, Gesetzesentwürfe und Reformvorschläge stets auch gesellschaftliche Aussagen widerspiegeln, soll versucht werden, allein anhand der einschlägigen Gesetzesentwicklung eine Linie der Familiensoziologie nachzuzeichnen.

1) Simitis, aaO.

2) Ramm, JZ 75, S. 505 ff. (506)

3) Vgl. D.P. Milhoffer (Hrsg.) Familiensoziologie, 1973; Lüschen, G., Lepiri, E. (Hrsg.) Soziologie der Familie, 1970; Richter, H.E.: Eltern, Kind und Neurose, 1969; ders. Patient, Familie, 1970, m.w.Nachw.

Die Ausgangsthese, daß Erziehung und Sorge für das Kind natürliches, alleiniges und unbeschränktes Recht der Eltern sei, wurde 1839 durch das sog. preußische Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeit in Fabriken erstmals durch den Staat in Frage gestellt. Der preußische Staat nahm sich auf dem Verordnungsweg dem Problem der von den Eltern zugelassenen oder gar erzwungenen Kinderarbeit an¹⁾.

Das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900 enthielt Einschränkungen des absoluten Elternrechts: § 1631 spricht von einer Pflicht der Eltern, das Kind zu erziehen als Bestandteil des Sorgerechts. Die Erziehung als solche wird verstanden als "Sorge für die sittliche, geistige und körperliche Entwicklung des Kindes"²⁾. In § 1666 wird ein Eingriffsrecht des Staates in Erziehungsvorgänge vorgesehen, wenn die Eltern ihr Recht nicht zum Wohle des Kindes einsetzen, wenn sie ihr Sorgerecht mißbrauchen, das Kind vernachlässigen oder sich eines ehrlosen und unsittlichen Verhaltens schuldig machen und dadurch das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährden.

Diese Relativierungen des Elternrechts werden verständlich, wenn man die Veränderungen in der sozialen Umwelt dieser Zeit einbezieht. Durch sie bedingt, hatten sich Familienstruktur, Stellung von Frau und Kind gewandelt. Eine absolute Schutz- und Erziehungsfunktion hatte die Großfamilie in einer weitestgehend nicht industrialisierten Umwelt³⁾. Durch das Einsetzen horizontaler Mobilität, Verstädterung und Industrialisierung der Arbeitswelt war die Großfamilie nicht mehr exi-

1) Vgl. Frantzoich, S. 30 ff.

2) Vgl. Palandt, § 1631, Anm. 2

3) Vgl. Ramm, JZ 75, 505 ff.; Mollenhauer in: Wörterbuch der Erziehung, S. 208 ff.; Simitis, S. 16 ff.; Gernhuber, Familienrecht, § 15 IV

stenzfähig. Nach und nach veränderten die Familien ihre Gestalt und verloren Teile ihrer Funktionen: andere Wohnverhältnisse bedingten die Kleinfamilie, die Aufgabe der familiären Produktionsgemeinschaft bedeutete krasse Trennung von Familie und Arbeitswelt. Von alledem ist die Erziehungsaufgabe der Familie, sind die Kinder stark betroffen. Vielfach verlieren sie eine intakte Gemeinschaft als Sozialisationsinstanz und Refugium und werden einerseits frei für stärker werdende Einflüsse anderer Erziehungsfaktoren, zum anderen aber auch, vor allem bei wirtschaftlicher Not, für den Produktionsprozeß¹⁾. Ihre Arbeitskraft konnte eine Chance sein, Produktionskosten zu senken. Für die Eltern bedeutete sie unter Umständen eine oft notwendige Geldquelle. In dieser Ausgestaltung aber ging die Erziehung plötzlich den Staat etwas an, stärker noch, er fühlte sich ge- und betroffen, sah sich gezwungen einzugreifen. Dieser anfängliche "Jugendschutz" war wenig im Sinne des Wortes zu sehen. Rücksichtnahme auf das Kindeswohl mag auch ein Motiv gewesen sein, daneben stand aber der "Zwang, drohenden bevölkerungs- und militärpolitischen Konsequenzen der Kinderarbeit Rechnung zu tragen"²⁾.

Der Konflikt zwischen Elternrecht - Kindeswohl - und staatlichem Interesse ist jedenfalls stets nachzuvollziehen. Vor allem kommen Jugendschutzbestimmungen stärker in die Diskussion. Vorrang hatte was aus dem oben Gesagten deutlich hervorgeht, zu Beginn des 20. Jahrhunderts der Jugendarbeitsschutz.

Unter den weiten Oberbegriff Jugendschutz fiel aber auch ein Verbot für Personen unter 18 Jahren, Mitglied einer politischen Partei zu sein oder an politischen Versammlungen teilzunehmen (§ 17 des

1) Vgl. Frantzoich, S. 9

2) Vgl. Simitis, aaO. Daß diese Ausführungen keine Unterstellungen sind, zeigen Kommentare zur Entstehung des Regulativs: So der "überlieferte Ausspruch des Generalleutnants v. Horn, daß "infolge der Nacharbeit der Fabrikkinder die Industriebereiche Preußens nicht mehr den erforderlichen Rekrutennachwuchs stellen können"; zit. nach: Siebert, S. 33 u. Thumser, S. 47

Vereinsgesetzes vom 19.4.1908). Erlassen wurde auch ein Lichtspielgesetz, das den Beginn des Schutzes Jugendlicher vor unsittlichen und verrohenden Filmen markiert (Lichtspielgesetz vom 12.5.1920).

Zur Zeit des 2. Weltkrieges wurden Polizeiverordnungen zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit in Kraft gesetzt, wonach z.B. für Jugendliche der Aufenthalt bei Tanzveranstaltungen generell, der Besuch von Gaststätten und der Genuß alkoholischer Getränke jedoch nur ohne den Erziehungsberechtigten verboten war (!)¹⁾.

Die Weimarer Reichsverfassung erhob Elternrecht, Jugendschutz und staatliches Wächteramt über die Erziehung in Verfassungsrang. Nach langen Streitigkeiten wurde in den Art. 120 WRV übernommen, daß die "Erziehung oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern sei", daß aber gleichrangig gesehen werden muß der Schutz der Jugend vor Ausbeutung und sittlicher, geistiger und körperlicher Verwahrlosung²⁾.

Nach dieser verfassungsmäßigen Verankerung reißt zunächst die Linie, die es zu verfolgen gilt, für die Zeit des Nationalsozialistischen Regimes ab. Als bedeutender Faktor der nationalsozialistischen Ideologie kommt der Bereich der Familie in vorprogrammierte Bahnen, in denen Prioritäten und Hintergründe maßgeblich sind, die für die Inhaltsbestimmung des Art. 6 II GG keine Bedeutung haben.

Bei den Beratungen des Art. 6 Abs. 2 GG griff man die Diskussion zu den entsprechenden Artikeln der Weimarer Reichsverfassung wieder auf. Dem Wortlaut nach scheint Art. 6 Abs. 2 GG stärker hinzudeuten

1) Vgl. Frantzoich, S. 29-53

2) Vgl. WV-Sten Ber. Bd. 328, S. 1957 ff.

auf den Einzelkonflikt: Eltern - contra staatliches Wächteramt.

Damit umfaßt man aber nicht die Gesamtheit der Vorgänge. Tatsächlich ist verankert der historisch gewachsene Konflikt der drei Komponenten: Elternrecht - staatliches Eingriffsrecht - und Kindeswohl, der auch in Art. 6 Abs. 2 GG Verfassung geworden ist. Vordergründig gibt das Grundgesetz den Eltern ein Recht gegenüber dem Staat auf Erziehung und Pflege der eigenen Kinder. Dieses Recht geht bis zu den Grenzen des staatlichen Wächteramts.

Erziehung und Sorge für das Kind aber sind keine leeren Begriffe, sondern beinhalten ganz bestimmte Pflichten und Verpflichtungen einem Dritten, dem Kinde, gegenüber, und zwar in dem gesamten Bereich, den Art. 6 Abs. 2 GG abdeckt. Diese Pflichten entstehen nicht erst, wenn das Verhalten der Eltern in die Nähe des Wächteramtes kommt und den Eingriff des Staates somit ermöglicht, sondern die Pflicht zu erziehen und zum Wohle des Kindes zu erziehen, ist grundgesetzlich verankert und sollte Orientierungspunkt sowohl für Eltern als auch für den Staat sein.

Im Endeffekt steckt damit in Art. 6 Abs. 2 GG eindeutig auch ein Anspruch des Kindes darauf, daß sich an seinem Wohl die Erziehung orientieren muß¹⁾. Daraus ergibt sich weitergehend die Konsequenz, daß Art. 6 Abs. 2 GG in sich die verfassungsrechtliche Verankerung der Drittwirkung von Grundrechten verkörpert²⁾. Diese Deutung läßt der Art. 6

1) Vgl. dazu v. Münch, GG, Art. 6 II, Rdnr. 19; Gernhuber, FamRZ 1962, S. 89 ff.; ders., Familienrecht, § 15 IV; BVerfGE 24, 119 (145); vgl. auch § 1 JWG mit dem gesetzl. Anspr. des Jugendlichen auf Erziehung; Becker, RdJ 1970, 364 ff. u. Jugendwohl 1970, 400 ff.; Schwerdtner, Kindeswohl und Elternrecht, AcP 173, S. 227 ff.

2) Zur Problematik der Geltung von Grundrechten zwischen Privatpersonen vgl. vor allem BVerfGE 10, 302; BVerfGE 30, 173; BVerfG NJW 1975, 573, die für die Argumentation herangezogen werden können.

Abs. 2 GG nicht nur zu, sondern sie drängt sich bei Betrachtung der historischen Entwicklung geradezu auf.

Das Aufeinanderprallen der drei Komponenten wird besonders deutlich, wenn man aktuelle Probleme aus diesem Bereich betrachtet:

Während das Elternrecht im schulischen Bereich im Rahmen des Schulmitwirkungsgesetzes des Landes NRW¹⁾ stärker als bisher berücksichtigt wird, spielt das Kindeswohl oder besser, spielen die Interessen des Kindes in der Diskussion um die Grundrechte des Kindes und bei der Reform der §§ 1626 ff. BGB, durch die die Mitspracherechte des Kindes verstärkt werden sollen²⁾, die dominierende Rolle.

Der Staat schließlich scheint seinen Einfluß gerade im schulischen Bereich und gerade bei der Sexualerziehung zu festigen. Das Bundesverfassungsgericht selber hat wie folgt argumentiert:

"Die Sexualerziehung in der Schule muß für die verschiedenen Wertvorstellungen auf diesem Gebiet offen sein und allgemein Rücksicht nehmen auf das natürliche Erziehungsrecht der Eltern und auf deren religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, soweit diese für das Gebiet der Sexualität von Bedeutung sind. Die Schule muß insbesondere jeden Versuch einer Indoktrinierung der Jugendlichen unterlassen.

Bei Wahrung dieser Grundsätze ist Sexualerziehung als fächerübergreifender Unterricht nicht von der Zustimmung der Eltern abhängig.

1) Vgl. das Gesetz über die Mitwirkung im Schulwesen v. 13.12.1977; § 1 Abs. 3 des Schulmitwirkungsgesetz NW lautet: "Lehrer, Erziehungsberechtigte und entsprechend ihrer altersmäßigen Urteilsfähigkeit die Schüler (...) wirken nach Maßgabe dieses Gesetzes an der Gestaltung des Schulwesens mit."

2) Vgl. den Text des reformierten § 1666 BGB, der auch ohne Verschulden der Eltern bei bloßer Gefährdung des persönlichen Wohls des Kindes die Einschaltung des Vormundschaftsgerichts ermöglicht, BT-Drucks. 8/111 S. 5

Die Eltern haben jedoch einen Anspruch auf rechtzeitige Information über den Inhalt und den methodisch-didaktischen Weg der Sexualerziehung in der Schule."¹⁾

2.4. Stellung eines Erzieherprivilegs

In diesen Gesamtkomplex, der - wie aufgezeigt - historisch gewachsen ist, kann und muß man ein Erzieherprivileg stellen, wobei sich bei dieser Einzelercheinung dargestellten Hintergründe, soweit relevant, nachvollziehen lassen.

Vorrangig ist das Erzieherprivileg für das Gebiet des Sexualverhaltens Jugendlicher eingeführt worden. Da die Sexualität und insbesondere das Sexualleben von Kindern und Jugendlichen ein Lebensbereich war, der stärksten Tabus unterlag²⁾, fand hier Erziehung, wenn überhaupt, dann tabuiert, statt.

Die sexuelle Aufklärung der Kinder gilt aber - qua natürlichen Bezugs - als ureigenstes Recht der Eltern, von denen die daraus entspringenden Pflichten allerdings nicht immer wahrgenommen wurden³⁾. Die Schule und damit der Staat, sah sich aufgefordert, hier Lücken zu füllen, Sexualerziehung wurde "von Staats wegen verordnet". Daß diese staatliche Sexualerziehung nur ganz bestimmte Inhalte vermitteln kann und am Bedürfnis der Jugend mehr oder weniger vorbeigeht, ist zwangsläufig⁴⁾. Da sich

1) BVerfG in: JuS 1978, S. 849 f.

2) Vgl. Adorno, Sexualtabus und Recht heute, S. 308, hierzu auch die ges. Lit. zur emanzipierten Sexualerziehung - statt aller: Kentler, Sexualerziehung rororo 1976 m.w.Nachw. u. Mollenhauer, Erziehung u. Emanzipation, München 1968

3) Kentler, Kritik der gegenwärtigen Sexualerziehung S. 25

4) Kentler, aaO.

hier offensichtlich der Staat zum Wächter berufen fühlte und Eingriffe in das Erziehungsrecht vollzog, liegt die These, das Nichtwahrnehmen der Erziehungsrechte auf diesem Gebiet durch die Eltern sei ein Mißbrauch dieses Rechts oder ein Mangel an Pflichterfüllung gewesen, nicht fern ist und der Überlegung wert.

Das Problem relativiert sich, wenn man die Entwicklung auf gesamtgesellschaftlicher Ebene mitbetrachtet. Hier fand, zunächst in Gang gesetzt von einer intellektuellen Minderheit, eine Diskussion und langsame Enttabuisierung des Sexuallebens statt. Eine sexuelle Revolution wurde es kaum, "revolutionär" erscheint jetzt im Schlußteil nur noch der Trick, einen solchen Prozeß aufzufangen und in einer überwältigenden Art zu kommerzialisieren¹⁾. Wie weit dieser eingeschlagene Weg der kommerzialisierten Pseudoenttabuisierung noch geht, bleibt abzuwarten. Meldungen aus Amerika auf diesem Gebiet: Tatsächliche Ermordung einer Akt-Schauspielerinnen nach vorgeführtem Geschlechtsverkehr²⁾ - lassen Schlimmes ahnen.

Es ist jedoch davon auszugehen, daß neben dieser kommerziellen Sex-Welle - vielleicht bedingt oder zumindest ermutigt durch sie - in der Gesellschaft eine Liberalisierung abläuft, die Folgen für das tatsächliche Sexualverhalten vor allem der Jugendlichen, aber auch für die Sexualerziehung durch die Eltern haben dürfte³⁾.

Thesenartig läßt sich zur veränderten Einstellung folgendes anführen⁴⁾:

-
- 1) Vgl. Kerscher, Emanzipatorische Sexualpädagogik und Strafrecht, S. 7 ff.
 - 2) Westdeutsche Allgemeine Zeitung v. 12.10.1975
 - 3) Kentler, Gutachten, S. 1031
 - 4) Kentler, Gutachten, aaO.; vgl. auch Arendt, Empire, Emanzipation und Sexualforschung, S. 101 f.; vgl. Rother, AcP 1972, S. 498 ff.

- es zeichnet sich allgemein eine größere Aufgeschlossenheit ab, über sexuelle Probleme zu sprechen (sog. Kinsey-Effekt),
- spürbar sind tolerantere Einstellungen gegenüber Sexualverhalten, das vom sog. "Normalen" abweicht,
- das Interesse für die Problematik der Sexualerziehung wird größer, bedingt dann eine liberalere Einstellung gegenüber den sexuellen Bedürfnissen von Jugendlichen.

Damit reagieren Erwachsene auf eine Entwicklung, die bei den Jugendlichen längst vollzogen ist. Die Mehrzahl der Jugendlichen hat begonnen, ihre sexuellen Probleme selbst zu lösen, allerdings - und das ist wichtig festzuhalten - zum größeren Teil - als Generationenkonflikt - außerhalb der Familie.

Zur Einstellung Jugendlicher zur Sexualität vgl. folgende Tabelle, die dem Sachverständigengutachten Sigusch entnommen ist¹⁾:

Kulturerfahrung von Kindern und Jugendlichen; nach Alter
(kumulative Verteilungen)

Land Sozialschicht Alter der Pb Untersuchungsjahr Autor	Bundesrepublik Deutschland Schüler 16 bis 17 Jahre 1970 Sigusch-Schmidt		Bundesrepublik Deutschland Arbeiter 20 bis 21 Jahre 1968/1969 Schmidt-Sigusch		Bundesrepublik Deutschl. und Studenten 20 bis 21 Jahre 1966 Giese-Schmidt	
	Jungen (N = 302)	Mädchen (N = 300)	Jungen (N = 150)	Mädchen (N = 150)	Jungen (N = 95)	Mädchen (N = 212)
	Alter (Jahre)					
13 oder jünger	2 %	0 %	4 %	5 %	1 %	1 %
14	5 %	2 %	9 %	5 %	2 %	1 %
15	14 %	10 %	15 %	7 %	4 %	1 %
16	35 %	30 %	25 %	19 %	6 %	3 %
17	—	—	44 %	33 %	12 %	7 %
18	—	—	60 %	53 %	21 %	14 %
19	—	—	72 %	67 %	33 %	24 %

1) in: Anlage 2 zur öffentlichen Anhörung der Sachverständigen BT-Drucks. VI/S. 843 ff. (S. 1142)

Einstellungen zu Koitusbeziehungen unverheirateter junger Leute
(nach der Klassifikation von Reiss)

Land		Bundesrepublik Deutschland		Bundesrepublik Deutschland		Bundesrepublik Deutschland	
Sozialschicht		Schüler		Arbeiter		Studenten	
Alter der Pb.		16 bis 17 Jahre		20 bis 21 Jahre		20 bis 21 Jahre	
Untersuchungsjahr		1970		1968/1969		1966	
Autor		Siqusch/Schmidt		Schmidt/Siqusch		Giese/Schmidt	
	Standard	Junge (N 302)	Mädchen (N 300)	Junge (N 150)	Mädchen (N 150)	Junge (N 195)	Mädchen (N 212)
egalitär	Freizügigkeit bei Liebe	56 %	73 %	47 %	56 %	82 %	73 %
	Freizügigkeit ohne Liebe	31 %	15 %	34 %	20 %		
	Restriktivität, egalitär	2 %	1 %	1 %	3 %	9 %	10 %
nicht-egalitär	Doppelmoral, transitional	12 %	11 %	18 %	20 %	7 %	11 %
	Doppelmoral, orthodox	0 %	1 %	1 %	1 %	2 %	6 %

Erklärung:

Freizügigkeit bei Liebe: Koitusbeziehungen unverheirateter junger Leute werden für Jungen und Mädchen gleichermaßen akzeptiert, wenn eine Liebesbeziehung besteht.

Freizügigkeit ohne Liebe: Koitusbeziehungen unverheirateter junger Leute werden für Jungen und Mädchen gleichermaßen akzeptiert, auch wenn keine Liebesbeziehung besteht.

Restriktivität, egalitär: Koitusbeziehungen unverheirateter junger Leute werden für Jungen und

Mädchen gleichermaßen abgelehnt, unabhängig davon, ob eine Liebesbeziehung besteht oder nicht.

Doppelmoral, transitional: Koitusbeziehungen unverheirateter junger Leute werden für Jungen in jedem Fall akzeptiert, für Mädchen nur unter bestimmten Umständen (z. B., wenn eine Liebesbeziehung besteht).

Doppelmoral, orthodox: Koitusbeziehungen unverheirateter junger Leute werden für Jungen akzeptiert, für Mädchen jedoch in jedem Fall und unter allen Umständen abgelehnt.

Aus den Angaben der befragten Jugendlichen läßt sich entnehmen:

- voreheliche sexuelle Beziehungen werden akzeptiert, wenn der Faktor Zuneigung eine Rolle spielt;
- die sog. Doppelmoral wird aufgegeben;
- insgesamt eine positive Einstellung zur Sexualität.

Auf diese Standards und das daraus resultierende Verhalten aber müssen Eltern und Staat reagieren. Der Staat versucht das momentan gerade in seiner Funktion als Strafrechtsgesetzgeber.

Während bisher der Trend eindeutig zur Eindämmung oder Überspielung des Elternrechts ging, vertritt das Strafgesetz jetzt den gegenteiligen Standpunkt. Durch die Konstruktion des Erzieherprivilegs geht man dem Wortlaut seiner Begründung nach zurück auf den Freiraum der elterlichen Erziehung.

Es wird in das Bewußtsein der Eltern gerückt, daß sie auf dem Gebiet der Sexualität Erziehungsrechte ihren Kindern gegenüber haben. Man will den Konflikt Elternrecht - tatsächliches Verhalten der Jugendlichen beseitigen helfen, sich konkret denjenigen Eltern nicht auch noch strafrechtlich in den Weg stellen, die das Verhalten der Jugendlichen akzeptieren oder hinnehmen. Will damit der Gesetzgeber das Risiko, das das Strafrecht mit diesem Institut eingeht, vertreten, weil alles letztlich zum Wohle und in Übereinstimmung mit den Belangen und Vorstellungen der Jugendlichen, geschieht?

Ein solches Elternrecht und das "Kindeswohl" treffen dann zusammen, decken sich und stellen keinen Gegensatz mehr dar, der staatliches Eingreifen erforderlich macht.

So gesehen und so intendiert hat das Erzieherprivileg eine denkbar starke Stütze in Art. 6 Abs. 2 GG. Festzuhalten ist hier aber die Grundaussage:

Art. 6 Abs. 2 GG kann ein Erzieherprivileg erforderlich machen und abstützen, wenn dieses zum Inhalt hat, daß erzieherische Maßnahmen zum Wohle des jeweils Betroffenen oder besser - in Übereinstimmung mit seinem Recht auf optimale Erziehung, vorgenommen werden. An dieser Aussage ist, wenn Art. 6 Abs. 2 GG eine Rolle spielen soll, jeweils das Erzieherprivileg des Einzelfalles zu messen. Mit dieser Aussage stellt man jedoch erhebliche Weichen, die der Gesetzgeber, wenn er sich selbst auf Art. 6 Abs. 2 GG beruft, vielleicht nicht so deutlich vor Augen gehabt hat, die sich aber bei der konkreten Anwendung der einzelnen Tatbestände auswirken.

3. Die gesetzestechnische Entstehung des Erzieherprivilegs in den §§ 180, 184, 131 StGB

Das Erzieherprivileg, als Schöpfung des 4. Strafrechtsreformgesetzes, ist eine "Spezialität des deutschen Strafrechts"¹⁾. Seine Entstehung und jetzige Fassung stellen im Grunde einen Kompromiß dar. Durch das Erzieherprivileg findet eine gebremste Liberalisierung gegenüber dem Entwurf 1962 (E 62) statt, gegenüber dem Alternativentwurf wirken die §§ mit dieser Privilegierung noch in Maßen konservativ.

In beiden Gesetzesvorschlägen finden sich keine Vorbilder. Der E 62 hatte für Kuppelei und unzuchtiges Schrifttum (§ 131 existierte noch nicht) andere Vorstellungen zum Ausdruck gebracht:

Gem. § 227 I Nr. 2 E 62 war die uneigennützige Kuppelei, begangen an noch nicht 18jährigen Kin-

1) Jescheck, Gutachten, S. 110 f.

dern, Stiefkindern oder Mündeln mit Gefängnisstrafe nicht unter einem Monat bedroht.

Für § 220 E 62 war Marschroute die vollständige Pönalisierung von Herstellung und Vertrieb unzüchtigen Materials. Um den Jugendschutz ging es nicht, sondern um die Aufrechterhaltung eines sittlichen Standards, was immer das auch sein mochte¹⁾. In dieser Vorstellungswelt war für eine Straffreiheit der Eltern generell kein Platz.

Der "Gegenschlag" zum E 62, der Alternativentwurf (AE), bedurfte nicht eines solchen Privilegs: Die Verfasser des AE lehnen es ab, die Verbreitung unzüchtiger Schriften überhaupt dem Strafrecht zu unterstellen. Die Kuppeleivorschrift des § B 10 AE erfaßt in Abs. 1 das "Bringen" Jugendlicher zur Prostitution, in Abs. II das Verleiten Minderjähriger zwischen 14 und 16 Jahren unter grober Verletzung seiner Erziehungspflicht zum außerehelichen Beischlaf mit Dritten²⁾. Insoweit könnte diese Regelung für die Mißbrauchsklausel des § 180 Pate gestanden haben. Auffällig ist die Beschränkung auf die Tathandlung des Verleitens unter groben Verstoß gegen die Erziehungspflicht. Der § B 10 AE ist ein Jugendschutzdelikt, das zum einen vor den Gefahren der Prostitution schützen soll, zum anderen aber im Rahmen des Abs. II Verstöße gegen die sexuelle Selbstbestimmung - auch - des Jugendlichen unter Strafe stellt. Die Formulierung in Abs. II ist gemessen an der jetzigen gesetzlichen Regelung - weiter, aber wohl auch klarer. Sie beschränkt sich jedenfalls auf das, was eindeutig im Bereich

1) Vgl. Just-Dahlmann, Referat im Sitzungsbericht K. zum 47. Deutschen Juristentag, S. K 20 f.

2) AE eines Strafgesetzbuches, BT-Sexualdelikte-§§ 13/10 ff.

der Kuppelei - über den Abs. I hinaus - als strafrechtlich relevantes Verhalten angesehen werden sollte. Dieses vor allem dann, wenn man von einem Schutzgut der ungestörten sexuellen Entwicklung ausgeht.

Zu beiden hatte der Regierungsentwurf vom 4.12. 1970¹⁾ versucht, einen Mittelweg einzuschlagen, den man je nach Standpunkt als konservativ mit liberalem Einschlag oder als liberal mit konservativen Zügen charakterisieren kann. Interessant sind in diesem Zusammenhang die wechselnden Begründungen. Je nach Einstellung sollte es um den pädagogischen Notstand oder um Sexualerziehung gehen²⁾.

Zunächst hatte das Erzieherprivileg folgende Gestalt: § 180 Abs. 2 S. 2: "Satz 1 Nr. 2 ist nicht anzuwenden, wenn der zur Sorge für die Person Berechtigte oder mit seiner Einwilligung ein anderer handelt; dieses gilt nicht, wenn der zur Sorge Berechtigte durch das Vorschubleisten oder die Einwilligung seine Erziehungspflicht gröblich verletzt".

§ 184 Abs. 3: "Die Abs. 1 und 2 sind nicht anzuwenden, wenn der zur Sorge für die Person Berechtigte oder mit seiner Einwilligung ein Dritter handelt".

Diese ursprüngliche Fassung des Erzieherprivilegs wurde nochmals durch die Kompromißmühle der Beratung des Entwurfs gedreht. Der Sonderausschuß für die Strafrechtsreform brauchte zur Beratung der Regierungsvorlage 42 Stunden. Gerade am Erzieherprivileg schieden sich Koalitions- und Oppositions-

1) BT-Drucks. VI/1552

2) Beratungen, 6. Wahlperiode, S. 1663 f.

geister. Die Auseinandersetzung betraf hier primär das sog. verlängerte Erzieherprivileg. Diese Regelung, zunächst vorgesehen für alle Fälle des Erzieherprivilegs, hätte bedeutet, daß nicht nur der Personensorgeberechtigte, sondern auch ein Dritter privilegiert werden sollte, der die Handlung des jeweiligen Tatbestandes mit der Einwilligung des zur Sorge Berechtigten begeht. Diese Erweiterung, die praktisch auch die strafrechtliche Freistellung von Freizeitmaßnahmen mit sexueller Freizügigkeit hätte bedeuten können, lehnte die Opposition als "zu weitgehend" ab¹⁾. Die Mehrheit im Strafrechtssonderausschuß stand diesem Gedanken jedoch positiv gegenüber und so blieb die weite Fassung zunächst erhalten.

Bedingt durch die politischen Ereignisse - Auflösung des Bundestages - konnte das Gesetz nicht mehr verabschiedet werden, sondern wurde am 25.1.1973 erneut in den neuen Bundestag eingebracht²⁾.

In den jetzt folgenden Beratungen ging es für den hier interessierenden Bereich vorrangig um die Gesamtproblematik §§ 184 und den neu hinzugetretenen § 131, insbesondere in den jeweiligen Beziehungen zu den Parallelvorschriften im Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (GJS). Schließlich wurde doch das 4. Strafrechtsreformgesetz in der vom Sonderausschuß erarbeiteten und vorgeschlagenen Fassung vom Bundestag beschlossen. Die einschlägigen Formulierungen des Erzieherprivilegs lauteten jetzt: § 180 I S. 2: "Satz 1 Nr. 2 ist nicht anzuwenden, wenn der zur Sorge für die Per-

1) BT-Drucks. VI 3521 S. 3 und Prot. der 72. Sitzung des Sonderausschusses f. Strafrechtsref. v. 2.3. 1972 S. 2114

2) BT-Drucks. VII/80

son Berechtigte oder mit seiner Einwilligung ein anderer handelt; dies gilt nicht, wenn der Sorgeberechtigte durch das Vorschubleisten oder die Einwilligung seine Erziehungspflicht gröblich verletzt.

§ 184 Abs. 4: Abs. 1 Nr. 1 ist nicht anzuwenden, wenn der zur Sorge für die Person Berechtigte oder mit seiner Einwilligung ein anderer handelt; dies gilt nicht, wenn der Sorgeberechtigte durch sein Handeln oder die Einwilligung seine Erziehungspflicht gröblich verletzt.

§ 131 IV: Abs. 1 Nr. 3 ist nicht anzuwenden, wenn der zur Sorge für die Person Berechtigte oder mit seiner Einwilligung ein anderer handelt; dies gilt nicht, wenn der Sorgeberechtigte durch sein Handeln oder die Einwilligung seine Erziehungspflicht gröblich verletzt¹⁾.

Kennzeichnend für diese Fassung waren die jeweiligen Einschränkungen des Erzieherprivilegs durch die sog. Mißbrauchsklausel. Der Bundesrat rief auch auf diese Vorschläge hin mit seiner Sperrmehrheit den Vermittlungsausschuß ein. Im Vermittlungsausschuß kam man zu folgenden Ergebnissen:²⁾

- Abgelehnt wurde die Forderung der Opposition nach einem totalen Pornographieverbot
- Jugendschutzbestimmungen sollten ausdrücklich in das StGB hereingenommen werden
- die Regelungen des Erzieherprivilegs fanden ihre jetzige Form³⁾

d.h. Akzeptierung der Konstruktion im Grundsatz, Wegfall des verlängerten Erzieherprivilegs im StGB, Mißbrauchsklausel nur bei § 180.

1) BT-Drucks. IV/3521 S. 72, 77, 78, 80, 81

2) Vgl. Becker, Pornographische und gewaltdarstellende Schriften ..., MDR 1974, S. 177 ff. (178)

3) Vgl. oben S. 1 f.

4. Parallelerscheinungen, Vorbilder

Nachzugehen ist der Frage, ob diese für das Strafrecht neue Regelung der gesetzlich vorgesehenen Privilegierung erzieherischer Tätigkeit im strafrechtlichen oder nebenstrafrechtlichen Bereich Parallelen hat, ob Vorbilder existieren, an denen man sich orientiert hat.

4.1. "Negative" Vorbilder

Der Versuch, strafrechtliche Wurzeln des Erzieherprivilegs freizulegen, führt schnell zu der Frage, ob man nicht davon ausgehen muß, daß dieses Institut schwerpunktmäßig eine "negative Vergangenheit" hat, d.h.: daß bisher das jetzt zu privilegierende Verhalten dieser Personengruppe vorrangig in der Umkehrung, quasi als Erzieherqualifikation vorlag¹⁾. Insoweit liegt der § 227 des E 1962 mit seiner besonderen Strafdrohung für Eltern, die ihr Kind ohne Eigennutzmotivation verkuppeln, auf der Linie einer strafrechtlichen Gesetzestradition, die es für besonders strafwürdig hielt, wenn der zur Erziehung Berechtigte handelte. Lag ein tatbestandsmäßiges Handeln dieser Personengruppe vor, dann konnte das darüberhinaus in dem Bereich, den die §§ 180, 184 a.F. ansprachen, noch die Folgen des § 1666 BGB auslösen oder Anhaltspunkte für eine Strafbarkeit aus § 170 d StGB liefern.

Einmal abgesehen von der Tatsache, daß in den Fällen, die heute dem Erzieherprivileg unterfallen, diese Möglichkeit auch bislang mehr theoretischer Natur waren²⁾, dürfte sich konkret auch im Zi-

1) Jescheck, Gutachten, S. 1101

2) Vgl. die Kasuistik bei Diedrichsen in Palandt, § 1666 Anm. 4

vilrecht die Lage ändern. Die Reform des Familienrechts insbesondere die Diskussion um Kindeswohl und Erziehungspflicht, haben deutlich gemacht, daß auch das Zivilrecht hier Veränderungen unterworfen sein wird¹⁾. Bemerkenswert ist, daß in diesem Rechtsgebiet die Diskussion stärker auf den Gesichtspunkt Kindeswohl und Erziehungspflicht zuläuft.

4.2. Gesetzesentwürfe mit Vorbildern

Auf der Suche nach Vorbildern stößt man bei Durchsicht der existierenden Entwürfe eines Strafbuches auf mehrere Anhaltspunkte:

4.2.1. Der Entwurf eines StGB von 1925

Im Entwurf von 1925 enthielt noch der § 275 für die Kuppelei eine weite Strafbarkeit, d.h. keine Altersgrenze, keine besonderen Motive für die Situation, daß Eltern und andere Personensorgeberechtigte die ihnen anvertrauten Kinder verkuppelten. Eingeschränkt wurde dieser § 275 Abs. 2 S. 1 jedoch durch seinen S. 2: "Diese Vorschrift gilt nicht für die Duldung des Beischlafs zwischen Verlobten"²⁾.

In den Begründungen liest man hierzu, dieses sei "eine praktisch besonders wichtige Einschränkung", die den Anschauungen Rechnung tragen sollte, die "in manchen Kreisen des Volkes herrschen"³⁾.

1) Vgl. den Gesetzesentwurf der SPD-FDP-Fraktion BT-Drucks. 8/111, BJustizminister Vogel in: "recht" Nr. 3 v. 24.3.1977, S. 17 f.; vgl. auch das Protokoll der Debatte im Bundestag, in: "das Parlament" vom 7. Mai 1977

Mit dieser Regelung sollten unverständliche und wenig volksnahe Urteile vermieden werden. So hatte etwa das Reichsgericht ausgeführt, eine Mutter, die ihre bereits schwangere Tochter mit dem Kindsvater übernachten ließ, könne sich nicht auf einen Tatbestandsirrtum bzgl. des Merkmals "Unzucht" berufen, wenn sie "die beiden Konkubenten als Verlobte betrachtet und deshalb den zwischen denselben gepflogenen fleischlichen Umgang nicht als Unzucht im gewöhnlichen Sprachgebrauch aufgefaßt habe."¹⁾ Das freisprechende Urteil wurde aufgehoben, weil der Freispruch nur auf diesen Gesichtspunkt gestützt war. Wenn auch das Reichsgericht nur die Konsequenz seiner damaligen Irrtumslehre gezogen haben mag und andere Möglichkeiten offen ließ, so ist es doch vor allem das Vokabular, das die Bemühungen der Strafrechtsreform verständlich macht.

4.2.2. Der Entwurf eines StGB von 1927

Der § 306 des E 1927 erhöht die Strafbarkeit für Kuppelei an Personen unter 18 Jahren und enthält insoweit eine Altersgrenze, die zur Erhöhung der Strafe festgesetzt wurde²⁾.

Der § 307 Abs. 2 enthält jetzt eine ausdrückliche Strafbarkeit für Eltern, Adoptiveltern und Stiefeltern, für Groß- und Pflegeeltern, Vormünder und Pfleger, die an dem Schutzbefohlenen Kuppelei begehen. Eine Altersgrenze ist hier nicht gezogen. Auch in E 1927 ist die Strafbarkeit jedoch ausgeschlossen, wenn eine Verlobung vorliegt. Im Ergebnis ist daher auch im E 27 von einem Erzieherpri-

1) Vgl. RGSt 8, 173 f.

2) Materialien, Bd. 4, S. 32 = E 27

vileg nichts zu entdecken.

4.2.3. Der E 1930

Eine etwas andere Interpretation lassen die entsprechenden Bestimmungen des E 1930 (Entwurf Kahl) zu. Hier geht § 307 Abs. 2 eher in die Richtung eines Erzieherprivilegs: "Ebenso wird bestraft, wer, abgesehen von den Fällen des § 306, an einer Person, die er in sittlicher Beziehung zu behüten hat, gegen den Willen des Erziehungsberechtigten Kuppelei begeht"¹⁾.

Es bekommt die Tat eine andere Bewertung, wenn sie mit Einverständnis des Erziehungsberechtigten begangen wird. Man muß aus der Gesetzesformulierung schließen, daß u.U. die Kuppelei des Dritten bei Einwilligung straffrei bleiben sollte. Insofern findet sich hier ein Anhaltspunkt für ein Erzieherprivileg, vorrangig jedoch für das verlängerte Erzieherprivileg. Dermaßen in Zugzwang gesetzt wurde schließlich auch für die Eltern selbst eine Ausnahmevorschrift geschaffen: § 307a lautete: "Die (Kuppelei)-Bestimmungen des § 306 Abs. 1 und des § 307 Abs. 1 finden keine Anwendung, wenn jemand die nicht gewerbsmäßige Unzucht einer Person über 16, zu der er in einem Verhältnis der in § 307 Abs. 1 bezeichneten Art (Eltern, Adoptiveltern, Stief-, Groß-, Pflegeeltern, Vormünder, Pfleger) steht, uneigennützig duldet".

Inwieweit nun diese Bestimmung Ausdruck dafür ist, daß dann, wenn der Personensorgeberechtigte handelte, die Tat als Erziehungsakt zu privilegieren

1) Materialien, Bd. 5, S. 30, 31

sei, ist nicht mehr zu klären. Naheliegend erscheint auch die Deutung, daß durch diese Gesetzesformulierung - ebenso wie schon im E 1927 - intendiert war, die Rechtsprechung zu den Verlobten-Fällen einzuschränken, daß man auf Meinungen und Verhalten breiter Volksschichten Rücksicht nehmen wollte, daß es also nicht um fortschrittliche Erziehung ging, sondern um angepaßtes Strafrecht. Das zuletzt auch deshalb, weil die Kuppeleibestimmungen in der damaligen Zeit die Verletzung von Familienpflichten oder Verführungen ahnden sollten, sie aber keinesfalls Jugenschutzbestimmungen waren¹⁾. Gerade hieran aber entzündete sich schon zu § 307a Kritik. In einer der wenigen Stellungnahmen zum E 1930 finden sich folgende Ausführungen: "Bei der Auslegungskunst der Gerichte ist es nicht ausgeschlossen, daß auch moderne Erzieher verurteilt werden, indem das Gericht ihnen Eigennutz unterstellt". Es wird von dem Verfasser dieser Kritik befürchtet, daß fortschrittliches Erziehungsgut nicht berücksichtigt werden sollte, sondern daß nur eine für den Einzelfall mögliche Einschränkung der unhaltbaren Weite des § 307 beabsichtigt war.

Dieser Rückschluß - obwohl bei Halle²⁾ stark ideologisiert vorgetragen - ist nicht von der Hand zu weisen, wenngleich der oben erwähnte § 306 Abs. 2 für den E 1930 auch die Deutung zuläßt, daß über die Unzumutbarkeitsüberlegungen hinaus der § 307a als Privilegierung von Erziehungsakten seinen Sinn haben sollte. Eindeutige Stellungnahmen lassen sich aber nicht mehr finden, so daß alles im Bereich des Spekultativen und der Auslegung bleiben muß.

1) Vgl. hierzu Welzel, Lb, § 64 IV 1

2) Halle, Geschlechtsleben und Strafrecht, S. 114 ff.

4.3. Ausländische Vorbilder

In ausländischen Strafgesetzen findet das Erzieherprivileg - soweit ersichtlich - kein positives Vorbild. So stellt Jescheck in seinem Gutachten anlässlich der Sachverständigenanhörung zum Entwurf des 4. Strafrechtsreformgesetzes fest, "die Vorschrift, daß die Eltern oder sonstige Erziehungsberechtigte ein Privileg haben sollen, ihre Kinder verkuppeln zu dürfen", gebe es im Ausland nirgends."Im Ausland ist die Elternstellung ein Qualifizierungsgrund, aber nicht etwa ein Grund des Strafausschlusses".¹⁾ Jescheck bezieht sich allerdings mit seinen Äußerungen auf den Kuppelleitatsbestand des § 180. Zu den anderen Vorschriften führt er nichts an. Bei einem Blick in die Strafgesetze der Länder, die auf dem Gebiete der Pornographie Reformen durchgeführt haben, wird deutlich, daß hier vielfach der Weg des Alternativentwurfs, d.h. eine weitestgehende Abschaffung der Strafbarkeit überhaupt, gewählt wurde, so daß für ein Erzieherprivileg kein Platz und kein Bedürfnis war.

4.4. Parallelen im Bereich der Jugendschutzgesetze

Die oben in Stichworten geschilderte Entwicklung des gesetzlichen Jugendschutzes ist nach 1945 verstärkt fortgesetzt worden. Bei den hier geschaffenen Bestimmungen haben sich zum Teil jedoch die Probleme, die das Strafrecht jetzt mit dem Erzieherprivileg zu lösen versucht, ähnlich gestellt. Die einzelnen Gesetze sind daher zu unter-

1) Jescheck, Gutachten, S. 1101

suchen.

4.4.1. Das Gesetz zum Schutz der Jugend in der Öffentlichkeit (JöSchG)

Hier wird auch jetzt noch - insoweit eine vergessene und nachzuholende Reform - jeder, der sich im Sinne der §§ 1-8 JöSchG ordnungswidrig verhalten hat, von der Strafvorschrift des § 14 erfaßt. Auch die Eltern. Die Anwesenheit des Erziehungsberechtigten ermöglicht aber, daß Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren sich in Gaststätten aufhalten dürfen (§ 2 Abs. 1 JöSchG), daß an Jugendliche unter 16 Jahren (gem. § 1 Abs. 3 JöSchG zwischen 14 und 16) alkoholische Getränke, die nicht brandweinhaltig sind, in Gaststätten abgegeben werden dürfen (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 JöSchG) und daß Jugendlichen von 16 Jahren und darüber die Teilnahme an Tanzveranstaltungen über 22 Uhr hinaus gestattet ist (§ 4 Abs. 2 JöSchG). Gem. § 1 Abs. 4 JöSchG hat darüberhinaus die Anwesenheit einer Person über 21, die mit Zustimmung des Sorgeberechtigten das Kind oder den Jugendlichen zur Erziehung, Ausbildung, Aufsicht oder Betreuung in Obhut genommen hat, die gleiche Wirkung.

Beschäftigt man sich näher mit dem Gesetz, so trifft man beim Studium der Diskussion, die vor seinem Inkrafttreten am 4.12.1951 stattgefunden hat, auf einschlägige Ausführungen¹⁾. Bei den Beratungen war darüber diskutiert worden, ob man für Eltern und Erziehungsberechtigte Straftatbestände schaffen sollte, wenn diese bewußt die Jugendlichen, für die sie verantwortlich sind, den Gefahren aussetzen, gegen die das Gesetz sich richtet. Der Meinungsstreit spitze sich damals auf folgende Thesen zu:

1) Stenogr. Berichte des Deutschen Bundestages I vom 1.12.1949, S. 532

Das Erziehungsrecht sei zu betrachten als "überwältigend hohe sittlich fundierte" Aufgabe und in dieser Position über jede Sicherung durch Strafrechtsbestimmungen erhaben¹⁾. Auch fürchtete man mit Strafdrohungen dem Autoritätsverlust der so "gebrandmarkten" Eltern oder Erzieher die Tore zu öffnen.

In das Gesetz fanden diese Gedanken keinen Eingang. Zugrundegelegt wurde die Gegenposition, die vertrat, dieses Gesetz sei vorrangig ein Erziehungsgesetz, das sich auch gegen die Einsichtslosigkeit erziehungswilliger Eltern richte²⁾. Die Möglichkeit, daß Erziehungsberechtigte sich i.S. des Jugendschutzgesetzes ordnungswidrig verhalten, besteht auch heute noch (vgl. § 14 Abs. 1 Ziff. 2 JöSchG).

Andererseits führt aber ihre "bloße" körperliche Anwesenheit zu einer Lockerung des Jugendschutzes und bewirkt sogar für Dritte, daß auch sie sich nicht ordnungswidrig verhalten.

4.4.2. Das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (GjS)

Die Problematik der rechtlichen Bewertung des Verhaltens von Eltern stellt sich auch für das GjS. Hier verlief die Entwicklung jedoch anders als beim Jugendschutzgesetz. Der § 21 GjS bietet die einzige gesetzliche Vorlage des heutigen strafrechtlichen Erzieherprivilegs. Die jetzige GjS-Formulierung dieses Privilegs ist bereits an die Reform des Strafrechts angepaßt. Das Er-

1) So der Abgeordnete Strauß, Stenogr. Berichte, aaO., S. 25

2) Vgl. insgesamt zur Problematik im JöSchG: Becker, NJW 52, 1082

zieherprivileg selbst ist aber für § 21 GjS nicht neu.

Greift man zurück in die Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes, so findet sich zunächst eine gemäßigte, verklausulierte Berücksichtigung des Grundgedankens. Die ursprüngliche Strafvorschrift des Regierungsentwurfs¹⁾ eines GjS hatte nach langer Diskussion diesen Wortlaut:

§ 23 Abs. 3: "Wer die Schrift einem Jugendlichen außerhalb eines Gewerbetriebes unentgeltlich zugänglich macht, wird nur auf Antrag des gesetzlichen Vertreters des Jugendlichen verfolgt". Durch diese Fassung sollte "der Stellung des Erziehungsberechtigten gebührend Rechnung getragen werden"²⁾. Dieser Grundgedanke wurde in der Endfassung berücksichtigt und verstärkt: Gem. § 21 Abs. 2 GjS vom 9.6.1953 war es straflos, "wenn der Erziehungsberechtigte, der gesetzliche Vertreter oder ein Jugendlicher eine Schrift, die den Beschränkungen der §§ 3-6 GjS unterlag, einem Jugendlichen zugänglich" machten.

Dies ist eindeutig die Formulierung eines Erzieherprivilegs mit der Erweiterung, daß auch ein Jugendlicher, der sich strafbar macht, ebenso privilegiert werden soll. Dieses Erzieherprivileg wurde für das GjS begründet mit der Feststellung, man habe davon absehen wollen, in die innere Familiensphäre einzugreifen. Die Verantwortung dafür, ob und inwieweit ihre Kinder mit jugendgefährdendem Schrifttum konfrontiert werden sollen, obläge allein den Eltern³⁾.

1) BT-Drucks. Nr. 1101 Änderungsvorschlag des Deutschen Bundestages zum E eines Gesetzes über den Vertrieb jugendgefährdender Schriften.

2) Begründung des Regierungsentwurfes des GjS aaO.

3) BT-Drucks. I Nr. 3666

Das GjS in der Fassung von 1953 wurde bereits kurz nach seinem Inkrafttreten in Einzelteilen erneut diskutiert und in Frage gestellt. Einzelne Vorschriften entsprachen nicht den Belangen der Praxis.

Es erwies sich gerade der § 21 als reformbedürftig. Dies war die Folge eines einschlägigen Urteils des Bundesverfassungsgerichts¹⁾. Dieses Urteil enthält zum Thema Erzieherprivileg wichtige Aussagen: Es wird vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen des § 21 GjS das Erzieherprivileg stark an das Erziehungsrecht des Art. 6 II GG angelehnt, deutlich tritt der Aspekt der Erziehung in den Vordergrund. Das Gericht überschreitet die übliche Argumentation, nicht in die Familiensphäre eingreifen oder nicht gegen allgemeine Bräuche verstoßen zu wollen.

In dem zu entscheidenden Fall waren die Angeklagten in erster Instanz vor dem Amtsgericht Essen-Borbeck gem. den §§ 6 Abs. 2, 21 GjS a.F zu 700,- DM Geldstrafe verurteilt worden, weil sie der 15jährigen Tochter ihrer Nachbarn Zeitschriften der Freikörperkulturbewegung überlassen hatten. Das Ehepaar war verurteilt worden, obwohl die Mutter des Kindes von dem Vorgang unterrichtet und mit ihm einverstanden war.

Das Amtsgericht ging davon aus, die Eltern seien zwar gem. § 21 Abs. 2 GjS nicht zu bestrafen, da ihr Verhalten aber rechtswidrig bleibe, könne die Einwilligung das Verhalten Dritter nicht rechtfertigen.

Das Revisionsgericht legte den Fall gem. Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht vor.

1) BVerfG 7, 320; vgl. auch OLG Hamm, NJW 1957, S. 848; Ellinghaus, Recht der Jugend, S. 382 f.; Schroeder, Festschr. f. Lange, S. 392 f.

Thesenartig ist dem Urteil zu entnehmen:

- 1) Auszugehen sei davon, daß das Erzieherprivileg des § 21 Abs. 2 GJS ein aus Art. 6 Abs. 2 GG herzuleitender Rechtfertigungsgrund sei. Der jetzige § 21 Abs. 2 GJS enthalte aber nur einen Strafausschließungsgrund, was den Eltern gegenüber verfassungswidrig sei.
- 2) Ausgehend davon müsse auch für Dritte die Möglichkeit bestehen, sich auf das Einverständnis der Eltern zu berufen.

Diese Thesen wurden von den Kommentierungen zum § 21 GJS und der im Anschluß an das Urteil erfolgenden Gesetzesform nicht in solch eindeutiger genereller Aussage akzeptiert. Vielmehr reduzierte man das Urteil des Bundesverfassungsgerichts inhaltlich darauf, erziehungsberechtigte Eltern seien "im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 GG dazu autorisiert, ihnen harmlos erscheinende und auch objektiv unbedenkliche Nacktkulturbilder ihren Kindern zugänglich zu machen"¹⁾ Ein solches Verhalten sei über Art. 6 II GG erlaubt, es liege somit für diesen Fall ein Rechtfertigungsgrund vor.

Dieser Rechtfertigungsgrund soll dem folgend beschränkt sein auf die Fälle der Weitergabe von FKK-Schrifttum. Daß man die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts auch anders, d.h. weitergehend auf den gesamten § 21 Abs. 2 anwenden könnte, hat man damals kaum erwähnt oder nicht sehen wollen²⁾. Die vom Bundesverfassungsgericht selbst gegebene Zusammenfassung am Schluß des Urteils läßt jedoch diese Möglichkeit zu: "Der Gesetzgeber war nicht befugt, den Rechtfertigungsgrund des Art. 6 Abs. 2 GG in § 21 Abs. 2 Satz 1 GJS in einen Strafausschließungsgrund abzuschwächen und

1) Potrykus, GJS, § 21 Nr. 1

2) Vgl. Potrykus, GJS, § 21 Nr. 8

dadurch einem wegen Verstoßes gegen §§ 3 und 6 Abs. 2 GJS Angeklagten von vornherein die Möglichkeit abzuschneiden, sich auf das elterliche Einverständnis zu berufen. Verfassungswidrig ist dieses Vorgehen des Gesetzgebers allerdings nur, soweit es sich gegen Eltern richtet, denen das elterliche Erziehungsrecht (Sorgerecht) zusteht¹⁾.

Die gesetzliche Neufassung des § 21 vom 29.4.1961 reduzierte aber auch das sie erzwingende Urteil: § 21 enthielt jetzt die Feststellung, daß es nicht strafbar sei, wenn der Erziehungsberechtigte oder der gesetzliche Vertreter oder mit ihrer Einwilligung ein anderer eine Schrift, die als Nacktkulturzeitschrift (§ 6 I) nicht vertrieben werden darf, einem Kind oder Jugendlichen feilbietet oder zugänglich macht (§ 21 Abs. 2 a.F.). Diese ausdrückliche Ausweitung auf Dritte aber bleibt auf die Weitergabe von FKK-Zeitschriften beschränkt. § 21 Abs. 3 verkörpert davon unabhängig für andere jugendgefährdende Schriften einen auf Eltern und gesetzliche Vertreter beschränkten Strafausschließungsgrund.

Aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts war damit nur die Ausdehnung auf Dritte für den Einzelfall des FKK-Schrifttums übernommen worden. Nicht mitgemacht hatte der Gesetzgeber eine einheitliche Bewertung des Erzieherprivilegs als Rechtfertigungsgrund. Durch die Formulierung "Abs. 2 gilt nicht" hatte er sich vielmehr jeder Stellungnahme zur dogmatischen Einordnung entzogen. Die Fälle des Abs. 3 blieben weiterhin "straflos", also wohl weiterhin persönlicher Strafausschließungsgrund.

Die damit vollzogene Differenzierung erscheint nicht nur eine zu restriktive Anwendung der Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts zu sein, son-

1) BVerfG 7, 320 (326)

dern sie ist auch inhaltlich wenig einleuchtend. Warum sollen die Fälle, in denen Erziehungsberechtigte FKK-Material den Kindern Überlassen, anders behandelt werden, als die Fälle, in denen unzüchtige Schriften Überlassen werden? Nach den damals gültigen Maßstäben konnte FKK-Material vorrangig unter dem Blickpunkt der Unzüchtigkeit überhaupt jugendgefährdend sein. Die gleichen Kriterien der Unzüchtigkeit und der durch sie hervorgerufenen Gefährdung galten aber auch für pornographische Darstellungen, die in der leichteren Kategorie ähnlich harmlos oder unbedenklich sein konnten. Im Grundsatz ist diese Differenzierung schon zweifelhaft, noch vielmehr wird sie es aber, wenn daran die Folgerung geknüpft ist, daß die Unrechtsbewertung für durchaus ähnliche Fälle eine andere ist und darauf basierend die Strafbarkeit eines Dritten, der mit Einwilligung des Erziehungsberechtigten handelt, letztlich davon abhängig ist, ob bei möglichem gleichen Unwert und gleicher Gefährdung das entsprechende Bild in einer FKK-Zeitschrift oder in einem anderen einschlägigen Organ erschienen ist. Ein solches Ergebnis mutet stark nach willkürlich Überdifferenziertem Jugendschutz an.

Die geltende Fassung des GjS - geändert im Zuge mit dem 4. Strafrechtsreformgesetz - hat diese Unterscheidung aufgegeben.

Allerdings scheint jetzt die Vorschrift total verunglückt zu sein, da wesentliche Unterschiede zu den strafrechtlichen Regelungen existieren, aber gleiches Verhalten unter Strafe gestellt wird. So etwa die nur nach GjS mögliche Ausdehnung des Privilegs auf Dritte (§ 21 Abs. 4) und die Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit im § 21 Abs. III GjS.

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die hier enthaltenen Wertungen haben jedenfalls direkt keine Renaissance durch die Neufassung des GJS erfahren.

4.5. Anhaltspunkte im neuen Familienrecht?

Zu überprüfen bleibt, ob sich aus der Diskussion um die familienrechtlichen Bestimmungen der §§ 1626 ff. BGB Anhaltspunkte für die strafrechtliche Regelung ergeben.

Die Reformvorschläge stehen hier unter der Überschrift "zum Wohle des Kindes". Es sei nötig geworden, "die elterlichen Rechte und Pflichten neu zu beschreiben, den Schutz gefährdeter Kinder zu verbessern und dem Gedanken zunehmender Selbstverantwortlichkeit der Heranwachsenden Rechnung zu tragen"¹⁾. Der reformierte § 1626 z.B. soll aussagen, daß "Vater und Mutter die Pflicht und das Recht haben, für das minderjährige Kind zu sorgen". In Abs. II heißt es weiter: "Soweit ein Kind zu einer eigenen Beurteilung seiner Angelegenheiten in der Lage ist, haben die Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge darauf Rücksicht zu nehmen"²⁾.

Beachtenswert ist auch die vorgeschlagene Änderung des § 1666 BGB: "Wird das persönliche Wohl des Kindes gefährdet und sind die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage, die Gefahr abzuwenden, so hat das Vormundschaftsgericht die erforderlichen Maßnahmen zu treffen"³⁾. Während das Erzieherprivileg in den Strafrechtsvorschriften eine Art

1) Gesetzesentwurf der SPD/FDP-Koalition, BT-Drucks. 8/111 Pkt. 17. Zielsetzung, ebenso Bundesjustizminister Vogel in: Informationen des Bundesministeriums der Justiz v. 24.3.1977 Nr. 3, S. 17 f.

2) BT-Drucks. 8/111, S. 3

3) BT-Drucks. 8/111, S. 5

Rückzug des Staates in bestimmten Erziehungsfragen beinhaltet, stellt die vorgesehene Einschaltung des Vormundschaftsgerichts - auch ohne Verschulden der Eltern (!) - in § 1666 BGB eine conträre Tendenz dar. Wann und wodurch im Rahmen des § 1666 BGB das Kindeswohl gefährdet wird, ist nicht ausgeführt, kann wohl auch nicht festgelegt werden, sondern muß eine Frage des Einzelfalls bleiben. Im Mittelpunkt sollen aber für beide Bereich, für den des Erzieherprivilegs und den der Familienrechtsreform, das Wohl und die Selbstverantwortung der Heranwachsenden stehen. Dieser Intention wird allerdings auf verschiedene Weise nachgegangen. Während zivilrechtlich der Staat und das Wächteramt den Erfolg sichern sollen, setzt das Strafrecht auf die Eltern und läßt ihnen einen größeren strafrechtsfreien Spielraum. Da allein die Ziele beider Reformen - das Wohl des Kindes und die Berücksichtigung der Selbstverantwortung - gleich sind, könnte für die Auslegung des Erzieherprivilegs bedeutungsvoll sein, daß auch strafrechtlich die pädagogische Zielrichtung zu beachten ist.

5. Bedeutung und Anwendung des Erzieherprivilegs bei den einzelnen Tatbeständen

5.1. Das Erzieherprivileg in § 180 I S. 2 StGB

5.1.1. Altes und neues Recht

Die durch das 4. Strafrechtsreformgesetz erfolgte Gesamtreform der §§ 180 ff., in deren Zusammenhang man auch den § 180 Abs. 1 S. 2 stellen muß, soll - so die Intention des Gesetzgebers - eine

Absage an den Kuppeleiatbestand alten Rechts sein¹⁾. Das StGB hatte in § 180 a.F. jede eigennützige oder gewohnheitsmäßig betriebene Förderung fremder Unzucht bestraft, in § 181 u.a. diejenige Förderung, die im Rahmen eines besonderen Autoritäts- und Schutzverhältnisses stattfand. Während bei § 180 die Bestimmung eines Schutzgutes schwierig war²⁾, konnte § 181 immerhin direkt an den Gedanken vom Schutz Jugendlicher oder vom Mißbrauch und der Verletzung von Familienpflichten anknüpfen³⁾. In dieser Ausgestaltung war § 181 a.F. zum Gedanken des Erzieherprivilegs völlig konträr.

Der neue § 180 hat als ad hoc auffallende Änderung zunächst den Unzuchtsbegriff ersetzt durch den der "sexuellen Handlung". Als Schutzgut ist festgelegt: die ungestörte geschlechtliche Entwicklung Minderjähriger⁴⁾. Abgesehen von einer Auseinandersetzung um den Begriff der "sexuellen Handlung", und der Befürchtung, daß mit dieser Neuheit nicht nur nichts gewonnen, sondern vielmehr begrifflich auch eine unerwünschte Erweiterung der Strafbarkeit möglich erscheint⁵⁾, bietet der § 180 n.F. insgesamt Anhaltspunkte dafür, daß keineswegs durch das 4. Strafrechtsreformgesetz ausschließlich Straftatbestände beseitigt oder

1) BT-Drucks. VI/3521, S. 42 ff.

2) Hanack DJT-Gutachten, Rdnr. 269; Welzel Lb, S. 443 (die Schwierigkeiten stellten sich vor allem, nachdem der BGH festgelegt hatte, daß jedenfalls nicht der Schutz der verkuppelten Person hinter § 180 stehen sollte - vgl. BGHSt 9, 74 u. 18, 284)

3) Welzel, aaO.

4) BT-Drucks. VI/3521, S. 42 ff.; BT-Drucks. VI/1552, S. 22; Lackner, § 180 Anm. 2; Dreher, § 180, 1; Schönke-Schröder (Lenckner), § 180, Rdnr. 1; Horstkotte, JZ 1974, S. 86; vgl. zur Kritik Schroeder, Fr. Chr., Das neue Sexualstrafrecht, S. 48 f.

5) Vgl. hierzu Bockelmann, Maurach-Festschrift, S. 404 f.; Schroeder, ZRP 71, S. 15

eingeschränkt wurden.

- Strafbar kann sich jetzt gem. § 180 jeder machen, der sexuelle Handlungen an oder vor einer Person unter 16 Jahren durch Vermitteln, Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheiten Vorschub leistet. Entfallen sind die Beschränkungen des Eigennutzes und der Gewohnheitsmäßigkeit. -

Enger als die Kuppeleitatbestände alten Rechts ist die Neufassung durch die Herabsetzung des Schutzalters auf 16 Jahre (weiter insofern jedoch als andere Jugendschutzstrafbestimmungen der Reform, die die Altersgrenze bei 14 Jahren festgesetzt haben¹⁾).

In völliger Umkehrung der Wertungsgesichtspunkte ist die früher in § 181 Nr. 2 erfaßte Tätergruppe teilweise auch über die Schutzaltersgrenze hinaus aus der Strafbarkeit herausgenommen worden.

- § 180 II n.F. stellt eine für die Betroffenen gefährliche Vorstufe zur Prostitution unter Strafe.

- § 180 III ist eine schwer zu fassende Vorschrift, die das Bestimmen i.S. von § 180 II jetzt nicht unter dem Blickwinkel des Geldes, sondern unter dem der Ausnutzung eines Schutz- und Abhängigkeitsverhältnisses unter Strafe stellt.

- § 180 a endlich stellt ein strafrechtliches Mittel dar, üblen Machenschaften im Bereich der Prostitution entgegenzuwirken.

Daß eine Reform der §§ 180 ff. a.F. nötig war, wurde kaum in Frage gestellt, ob diese jetzt vorliegenden Änderungen jedoch das zum Ausdruck bringen, was oberste Leitsätze des 4. Strafrechtsreformgesetzes waren, ob sie Fehler der alten Vorschriften ausmerzen und neue vermeiden, kann bezweifelt werden.

1) Vgl. Schroeder, aaO., S. 19

Der Gesetzgeber wollte eine Vorschrift schaffen, die nicht ständig durch die soziale Wirklichkeit in Frage gestellt wird. In der Diskussion um die Reform sah man sich konfrontiert mit Äußerungen wie: "Ich darf Ihnen versichern, diejenigen Pädagogen, die wirklich verantwortungsbewußt sind, scheren sich einen Schnuritz um den Kuppeleiparagraphen"¹⁾ Die Vermutung, daß weite Schichten der Bevölkerung dieses ebenso tun, stand bei der Beratung "drohend" im Hintergrund.

5.1.2. Eine Betrachtung des Kuppeleiatbestands

In der Tat ist die Geschichte der alten Kuppeleibestimmungen düster. Es haftet ihnen - wie Hanack ausführt²⁾ - etwas "Unehrlisches und Doppelbödiges" an. Sie führten dazu, daß Eltern, die ihre verlobten Kinder gemeinsam übernachten ließen, bestraft werden konnte. Mit den gleichen Tatbeständen galt es, die Prostitution zu erfassen, die aber als solche wiederum gesellschaftlich mehr oder weniger geduldet ist³⁾.

Der Unmut richtete sich im Wesentlichen gegen diejenigen Urteile der Rechtsprechung, die die Kuppeleiatbestände in eine an Überzeugung und Verhalten der Bevölkerung vorbeigehende Auslegung getrieben hatten⁴⁾. Diese Urteile sind eine unvergleichliche Diffamierung der Sexualität, in- zwischen ein Anachronismus sondergleichen⁵⁾.

1) Kentler, Gutachten, S. 1044

2) Hanack, ZStW 77, S. 441 u. Gutachten, S. 269 ff.

3) Hanack, aaO.

4) Vgl. RGSt 8, 173; 71, 13; 77, 128 u. BGHSt 6, 46 u. 17, 230

5) zur Kritik: Franzheim, GA 1962, S. 129 ff.; Simson, JZ 1968, S. 481; Bockelmann, Festschrift f. Maurach, S. 398 ff. m.w.Nachw. in Fn. 26

Verfolgt man jedoch die Rechtsprechung bis in die jüngste Zeit, so macht ein Urteil, das zu einem ganz anderen Gebiet des Sexualstrafrechts ergangen ist, deutlich, daß diese Linie nicht mehr die der Rechtsprechung ist:

Das Fanny-Hill-Urteil des BGH¹⁾ hat über die §§ 184 ff. hinaus auch für die Kuppeleirechtsprechung Bedeutung. Die hier vertretene These: nur solche Verstöße könnten tatbestandsmäßig sein, die eindeutig den Grundbestand gemeinsamer Anschauung der Gesellschaft auf geschlechtlichem Gebiet antasten und dadurch zur Störung oder Belästigung des Gemeinschaftslebens führen - steht im krassen Gegensatz zu den Aussagen der Verlobten-Urteile, die von einem im Sexualstrafrecht enthaltenen Sittengesetz ausgingen, das "aus sich selbst heraus" existiere, wobei der Verbindlichkeit einer Norm auf "einer vorgegebenen Ordnung der Werte" beruhen soll, die unabhängig sei davon, ob sich die Anschauung über das, was gilt, ändert²⁾.

Nach dem Fanny-Hill-Urteil dürfte sich deshalb auch diese zum Stein des Anstoßes gewordene Kuppeleirechtsprechung erledigt haben.

5.1.3. Auswirkungen der Neufassung

Durch die neue Fassung des § 180 ist die Mehrzahl der Fälle, die bisher der Rechtsprechung zugrundelagen, nicht mehr strafbar. Allein schon die Einführung der Schutzaltersgrenze von 16 Jahren führt zu einer erheblichen Einschränkung der

1) BGHSt 23, 40 ff.

2) Vgl. BGHSt 6, 46 ff.

Strafbarkeit. Dieses Regulativ darf man nicht aus dem Auge verlieren, denn damit ist eine Vielzahl von Fällen, in denen Eltern ihren Kindern oder Pädagogen den ihnen zur Erziehung anvertrauten Jugendlichen aktiv oder passiv ein eigenes Sexualleben gestatten, generell schon nicht tatbestandlich relevant. Die 16-Jahre-Grenze gilt im Übrigen auch für die Tathandlung des Vermittelns. Der gängigen Auslegung des Begriffs "Vermitteln" folgend, ist es daher straflos, einem 16jährigen die Adresse einer Prostituierten¹⁾ oder Geld für den Besuch eines Dirnenwohnheims²⁾ zu geben. Wurde hier ohne Bedenken das Wohl des Heranwachsenden als ungefährdet angesehen? Der Gesetzgeber hat jedenfalls auf Strafbarkeit verzichtet.

Darüberhinaus machen sich Erziehungsberechtigte nicht strafbar, die die tatbestandliche Handlung des Abs. I Nr. 2 an Jugendlichen begehen, die zwischen 14-16 Jahren alt sind. Ausschließlich diese Fallgruppe erfaßt das Erzieherprivileg des § 180 I S. 2.

Es hat daher nur für eine beschränkte Anzahl von Fällen Bedeutung. Diese Argumente aber, die zur Einführung dieses Privilegs vorgetragen wurden, haben allgemein Geltung für die Reform des § 180, für die Festsetzung der Schutzaltersgrenze und für die Berücksichtigung veränderter sozialer Hintergründe durch ein reformiertes Strafrecht.

1) RGSt 11, 49

2) Dreher, § 180 Rdnr. 7

5.1.4. Die Funktion des Erzieherprivilegs

Gemäß § 180 Abs. 1 S. 2 hat der Gesetzgeber für die Tätergruppe der Personensorgeberechtigten die Möglichkeit, sich nach § 180 Abs. 1 strafbar zu machen, weiter eingeengt. Sie bleiben straffrei - auch bei an sich tatbestandsmäßigem Vorschubleisten durch Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheiten - wenn der betroffene Jugendliche zwischen 14 und 16 Jahren als ist, es sei denn, es liegt ein grober Verstoß gegen die Erziehungspflicht vor.

5.1.5. Der erfaßte Personenkreis

Der Gesetzgeber räumt das Privileg nur demjenigen ein, der zur Sorge für die Person berechtigt ist. Wer dies i.S. der Vorschrift sein kann, ergibt sich, so kann man den Stellungnahmen zum Erzieherprivileg entnehmen, aus den entsprechenden BGB-Vorschriften.

Aus den infrage kommenden Paragraphen des Privatrechts (§§ 1626 ff. BGB) mag man Anhaltspunkte für den Personenkreis bekommen, im vollen Umfang heranziehen kann man sie jedoch nicht. Das ergibt sich schon aus der Grundkonzeption des Erzieherprivilegs, aus seiner Abstützung durch Art. 6 Abs. 2 GG. Vielmehr ist diese Vorschrift des Grundgesetzes auch zur Bestimmung des Personenkreises zugrunde zu legen: Träger des Elternrechts sind vorrangig die Eltern im Rechtssinn - dieser ergibt sich allerdings aus den einfachen Gesetzen i.S. der Vorschriften des Grundgesetzes¹⁾. Erfaßt sind daher Adoptiveltern, die

1) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 6 II, Rdnr. 25

Mutter für das uneheliche Kind, bei geschiedenen Ehen der sorgeberechtigte Elternteil. Art. 6 Abs. 2 GG begrenzt das Erzieherprivileg aber insgesamt auf die Personen, denen auch ein Recht aus diesem Grundgesetzartikel zusteht, so daß demgemäß Vormünder und Pfleger nicht erfaßt sind¹⁾. Da sie aber i.S. der §§ 1793 und 1630 BGB zur Sorge für die Person des Jugendlichen berechtigt sind, könnte man sie miteinbeziehen²⁾. Allerdings ist zu bedenken, daß je institutionalisierter oder anonymer ein solches Sorgerecht ausgestaltet ist, die Privilegierung von Erziehung fragwürdig werden kann.

Das Elternrecht i.S. des Art. 6 II GG ist unübertragbar, da höchstpersönlich³⁾. Was zur Debatte stehen kann, und auch bei anderen Erziehungsakten wie z.B. dem Züchtigungsrecht z.T. in der Literatur und Rechtsprechung gestattet wird⁴⁾, ist die Übertragung der Ausübung⁵⁾. Hierbei ist zu differenzieren: Einmal kann ein großer Teil der Erziehung übertragen werden, worin auch die Sexualerziehung enthalten ist, etwa auf Pflegeeltern oder Internat. Zum anderen: Es wird für ein einmaliges Ereignis für einen einzelnen beschränkten Erziehungsakt die Einwilligung z.B. zum Vorschubleisten sexueller Handlungen, gegeben.

Zwar wollen Becker-Ruthe beide Fälle scharf getrennt wissen⁶⁾, ihnen liegt jedoch eine einheit-

1) Vgl. BVerfGE 10, 302 (328); Anders, FamRZ 1960, 475; Durz, FamRZ 1961, 247

2) So: Schönke-Schröder (Lenckner), § 180 Rdnr. 21, 19. Aufl. 1978; kritisch noch Schröder, § 180 Rdnr. 19, 17. Aufl.

3) Gernhuber, Familienrecht, §49 VII

4) Vgl. Schönke-Schröder, § 223 Rdnr. 31 m.w.Nachw., 18. Aufl. und RGSt 73, 258; BGHSt 11, 260

5) In diesem Sinn auch die Differenzierung bei Schönke-Schröder (Lenckner) zu § 180 Rdnr. 21, 19. Aufl. 1978

6) Becker-Ruthe, FamRZ 74, 510 ff.

liche Grundkonstellation zugrunde: Grundsätzlich personensorgeberechtigt bleibt stets der oben festgelegte Personenkreis. Die Übertragung der Ausübung kann in beiden Fallgruppen Beschränkt möglich sein, wobei bei der Gruppen eine Mißbrauchsgefahr größer sein kann, denn die Gesamtübertragung der Erziehung ist nur in Ausnahmefällen und besonderen Bedingungen ein vernünftiger Aspekt des zu praktizierenden Erziehungsrechts. Von dieser grundsätzlichen Warte aus sind jedenfalls die Bedenken, die im zweiten Fall bestehen können, geringer, so daß eine partielle Übertragung eines Einzelaktes von Art. 6 Abs. 2 als Ausfluß des Elternrechts jedenfalls gestattet sein kann. Denkbar ist etwa die Privilegierung von Pflegeeltern oder Internat. Hervorzuheben ist jedoch, daß für Art. 6 II GG und seiner inhaltlichen Aussage stets die oben erwähnte Dreierkonstellation zugrunde zu legen ist, insbesondere aber als Orientierungspunkt und Maßstab stets das Kindeswohl herangezogen werden muß.

5.1.6. Erfaßte Fälle:

5.1.6.1. Anwendungsbereich des pädagogischen Notstands

Zunächst soll das Erzieherprivileg die Fälle des "pädagogischen Notstands" auffangen¹⁾. Dieses sollen Situationen sein, in denen dem Sorgeberechtigten nicht zugemutet werden kann, Jugendliche von sexuellen Handlungen oder Kontakten

1) BT-Drucks. VI/3521, S. 44, 45; Hanack, NJW 74, S. 8; Becker-Ruthe, FamRZ 74, 508

abzuhalten. Nicht ganz glücklich gewählt zu dieser Aussage ist das Schlagwort vom "pädagogischen Notstand". Denkbar sind etwa folgende Fallbeispiele:

- a) Eltern treten den sexuellen Beziehungen ihrer 15jährigen Tochter nicht nur nicht entgegen, sondern fördern sie; sie gewähren bewußt Gelegenheit i.S. des Gesetzes, weil sie fürchten, die Tochter werde andernfalls ihrem Einfluß gänzlich entzogen.
- b) Die 15jährige Tochter droht den Eltern, das Haus zu verlassen, wenn diese sich weiterhin ihren sexuellen Betätigungen in den Weg stellen. Die Eltern lassen daraufhin das Paar auch in der elterlichen Wohnung allein.
- c) Die Eltern nehmen den Freund der 15jährigen Tochter auf, weil sie am Bestand der Freundschaft interessiert sind.

Ähnliche Ausgangssituationen finden sich auch in den einzelnen Urteilen zu § 180 a.F. wieder. In einigen dieser Fälle war jedoch die Situation insofern noch prekärer, als das beteiligte Mädchen schon schwanger war.

Das Verhalten der Eltern paßt unter den Obersatz Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens. Schwieriger ist hier schon die Konstruktion eines strafrechtlichen Notstandes. Greift der Täter hier zur Rettung eines - höherrangigen - Rechtsgutes in ein anderes, ebenso strafrechtlich geschütztes - evtl. geringerwertiges - Rechtsgut ein? (§§ 34, 35) Lenckner¹⁾ gibt hierzu an, der Sorgeberechtigte stehe vor der Alternative, "entweder der sexuellen

1) Lenckner, Kommentierung bei Schönke-Schröder, § 180 Rdnr. 20, 19. Aufl. 78

Betätigung des Jugendlichen Vorschub zu leisten (...) oder das Vertrauensverhältnis zu dem Jugendlichen und damit die Chance künftiger erzieherischer Einwirkungen zu gefährden"¹⁾. Auch nach Lenckner lösen aber diese "Notstandsfälle" Unzumutbarkeits-, also Schuldfragen aus. Der pädagogische Notstand ist insoweit ein unbestimmter und deshalb bedenklicher Notstand. Wenn man - wie es der Gesetzgeber in der amtlichen Begründung deutlich zum Ausdruck bringt²⁾ - unter die Fälle des pädagogischen Notstands alle diejenigen zählt, in denen ein normgemäßes Verhalten den Personensorgeberechtigten eben nicht zuzumuten ist, so dehnt man das Erzieherprivileg erheblich aus. Die oben angeführten Beispielsfälle ergeben hierfür Anhaltspunkte: Das Verhalten der Eltern ist nicht unbedingt pädagogisch motiviert, ist wenig erziehend, denn sie reagieren auf ihre Kinder durch mehr oder weniger resignierendes Nachgeben.

Fraglich ist aber, ob solche und andere noch deutlicher in diese Richtung gelagerten Fälle, in denen Eltern aus Resignation nicht eingreifen, letztlich mit ihren Kindern und deren Einstellung nicht fertig werden, vom Erzieherprivileg erfaßt sein können. Kann aber in diesen Fällen die Privilegierung erzieherischer Gesichtspunkte das Instrument sein? Bereits an dieser Stelle wird die Auseinandersetzung mit dem Sinn und Zweck des Erzieherprivilegs notwendig und erscheint eine Auslegung des Gesetzestextes angebracht.

Die Stellungnahmen, aus denen der gesetzgeberische Wille deutlich wird, sind insoweit widersprüchlich, als stets vom Freiraum in der Erziehung, von Art. 6 II GG und vom pädagogischen Notstand gesprochen wird, vom Schutzgut der ungestörten sexuellen Entwicklung und vom Jugendschutz andererseits aber vom Wortlaut und von der dog-

1) Lenckner, aaO.

matischen Einordnung her bei §§ 131 u. 184 überhaupt keine Anforderungen - bei § 180 nur die der Mißbrauchsklausel - gestellt werden. Es reicht dann für die Privilegierung aus, wenn der zur Sorge für die Person Berechtigte die tatbestandliche Handlung vornimmt, auch dann, wenn damit Gleichgültigkeit und Nichterziehung privilegiert werden. Dieses Ergebnis setzt aber voraus, daß der Begriff Personensorge inhaltsleer ist, daß das Elternrecht i.S.d. Art. 6 II GG und das Recht und die Pflicht zur Sorge für die Person des Kindes i.S. von § 1631 BGB keine Rolle spielen, dagegen eine bloß faktische Beziehung zwischen dem zu Umsorgenden und dem Sorgenden ausreicht. Das kann aber von den gewählten Begriffen her schon nicht richtig sein. Für jemanden sorgen bedeutet nicht, ihm gegenüber gleichgültig sein. Jemanden unter Berufung auf Art. 6 II GG zu erziehen, bedeutet Erziehung und Sorge zu seinem Wohl. Familienrechtlich versteht sich Erziehung von jeher als Sorge für die Entwicklung des Kindes, als "Inbegriff aller pädagogischen Maßnahmen, durch die das Kind zur Mündigkeit gelangen soll"¹⁾. Eine schutzorientierte Interpretation des Gesetzestextes führt daher dazu, daß ein Verhalten, das durch Gleichgültigkeit und Resignation gekennzeichnet ist, keine Personensorge sein kann und deshalb auch schwerlich unter dem Blickpunkt der Erziehung strafrechtlich privilegiert werden kann.

Neben allen sonstigen Bedenken, die im weiteren dargestellt werden sollen, wird bereits an dieser Stelle deutlich, daß die strafrechtliche Privilegierung von Erziehungsmaßnahmen ohne Ausfüllung

1) Vgl. Palandt, § 1631 Anm. 2

und Anbindung des Begriffs "Erziehung" eine Konstruktion ist, die mit anderen - auch höherrangigen - Gesetzen schwerlich in Übereinstimmung zu bringen ist und generell unbestimmt sein wird. Daß man im Endergebnis auch andere Fälle straf-frei lassen will, ist zwar ein berechtigtes Anliegen, muß aber anders begründet werden.

In Frage käme vorrangig die im Schuldbereich zu berücksichtigende Lehre von der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens, dann allerdings als Schuldkorrektiv ausgedehnt auch auf die Fälle vorsätzlich positiven Tuns. Diese Lehre hat sich aber nur bei unechten Unterlassungsdelikten und bei Fahrlässigkeit durchgesetzt¹⁾. Man steht bei ihrer Diskussion im Rahmen der zu erörternden Straftatbestände vor dem Dilemma - ausgehend von dieser h.M. zu sehen, daß in dem konkreten Anwendungsbereich des Erzieherprivilegs diese Lehre auch für positives Tun gelten muß. Nur dann kommt man in den Fällen der Unzumutbarkeit zu billigen Lösungen, Die Grenze zwischen positivem Tun und Unterlassen sind aber gerade bei § 180 völlig verschwommen und der sonst vielzitierte wertungsmäßige Unterschied²⁾ zwischen dem Unwert einer Straftat durch positives Tun oder Unterlassen existiert vielfach nicht. Eine Notwendigkeit, diese Lehre im Angesicht der Bagatellsexualdelikte neu zu be- und überdenken bestünde daher. Neben dem Argument der allgemein aufkommenden Rechtsunsicherheit ist aber darauf hinzuweisen, daß bei Ausdehnung dieser Lehre das Recht nicht mehr den einzelnen darin festlegt, was er zu tun oder zu lassen hat, sondern rechtens wird, was der Durchschnitt der Bevölkerung für normgemäß hält. Gerade dieser Gedanke aber taucht in der Diskus-

1) Jescheck, Lb, S. 408 ff.; Maurach, AT, S. 389 ff. Schönke-Schröder, Rdnr. 91 vor § 51; Welzel, Lb, S. 182; a.A. Wittig, JZ 1969, S. 46; vgl. auch Baumann, Lb, S. 483 f.

2) Vgl. Rudolphi, SK, Vorb. 31 vor § 13

sion der Sittlichkeitsdelikte immer wieder auf. Eine partielle Durchsetzung für diesen Bereich erscheint aber aus systematischen Gründen bedenklich. Die Frage, die sich hier aufdrängt, ist die, ob die Lösung des AE nicht doch die praktikablere und überzeugendere gewesen wäre¹⁾. Der Gesetzgeber aber hat einheitlich für alle Fälle, für die man Straffreiheit konstruieren wollte, unter den großen Oberpunkt: Erzieherprivileg mit der Wirkung des Tatbestandsausschlusses gefaßt. Dahinter könnte eben jeder Gedanke gestanden haben, daß man die Eltern auch über die positiven Fälle erzieherischen Tätigwerdens hinaus schlicht straffrei lassen wollte, daß man ihnen ihr Verhalten auch in diesen Fällen nicht strafrechtlich anrechnen will. Da man aber den Begriff der Personensorge verwendet hat, als Schutzgut die ungestörte sexuelle Entwicklung Jugendlicher immerhin festgelegt hat und das Erzieherprivileg durch Art. 6 Abs. 2 GG abdeckt, werden in den nicht erzieherisch motivierten Fällen das Schutzgut und die verfassungsrechtliche Stütze der Vorschrift in Zweifel gezogen und wird der Begriff Personensorge inhaltsleer. Zu einem Ausschluß der Strafbarkeit in allen Fällen kommt man nur, wenn man ein Fehlverhalten der Eltern für strafrechtlich nicht relevant hält, man annimmt, daß es in dem Bereich der Tatbestände, in denen das Erzieherprivileg eine Rolle spielt, das Schutzgut der ungestörten sexuellen Entwicklung durch diesen Täterkreis nicht tangiert wird. Bei einer solchen Argumentation hätte man aber sicherlich die Straflosigkeit der Eltern begründen müssen. Ein schweiriges Unterfangen, wenn es auf Erziehungsfunktion gar nicht ankommt! In letzter Konsequenz könnte es dann nur um die Ab-

1) Vgl. AE, BT 540 f. u. 47 ff.

schaffung der einzelnen Straftatbestände überhaupt gehen.

Da dieses aber nicht geschehen ist, soll der Versuch einer Auslegung, die allen Anforderungen gerecht wird, gemacht werden.

5.1.6.2. Sexualerziehung

Der eigentliche Anwendungsbereich des Privilegs sind die Fälle, in denen dem Personensorgeberechtigten bei der Sexualerziehung ein "Spielraum" oder "Freiraum"¹⁾ zugebilligt werden soll. Etwas vorsichtiger, aber prononcierter, hatten sich hier noch die Verfasser des Regierungsentwurfs in der Begründung ausgedrückt: "Bei manchen Personensorgeberechtigten muß auch mit sexualpädagogischen Auffassungen gerechnet werden, wonach den Jugendlichen schon im Alter von weniger als 16 Jahren eine sexuelle Betätigung zugebilligt wird"²⁾. Während diese Stellungnahme noch Anzeichen für eine gewisse Distanz gegenüber dem Wert dieser so beschriebenen Sexualpädagogik enthält, hat sie bei der Mehrheit des Sonderausschusses offensichtlich Anerkennung gefunden, was nicht zuletzt auf die einschlägigen Gutachten der Sachverständigenanhörung zum 4. Strafrechtsreformgesetz zurückzuführen ist³⁾. Von den Thesen, die in diesem Kreis vertreten wurden, seien einige herausgegriffen, die auf die Meinungsbildung Einfluß gehabt haben dürften:

"Eine Sexualerziehung, die sexuelle Bedürfnisse von Kindern und Jugendlichen anerkennt und nicht mehr in der Verhinderung sexueller Befriedigung, sondern in Humanisierung und Kultivierung des

1) BT-Drucks. VI/3521, S. 45

2) BT-Drucks. VI/1552, S. 23

3) Vgl. Gutachten: Kentler, S. 1027 ff.; Mitscherlich, S. 962 ff.; Böttcher, S. 1042 ff. Jürgens, S. 844 ff.

Sexuallebens ihre Ziele sieht, könnte die sexuelle Problematik entschärfen"¹⁾. Und konkret zu § 180: "Solange Eltern durch den Kuppeleiparagraphen bedroht sind, haben sie keine Möglichkeit, ihre heranwachsenden Kinder auch in ihrem Sexualleben zu begleiten"²⁾.

Darüberhinaus ist für die strafrechtliche Diskussion die These bedeutsam, daß eine frühe Sexualbetätigung mit gleichaltrigen Partnern eine Möglichkeit des Jugendschutzes sein könnte³⁾.

Unter Berücksichtigung der veränderten Einstellungen in der Bevölkerung, wollte der Gesetzgeber diejenigen Eltern, die nach diesen Maßstäben ihre Sexualerziehung ausrichten, straffrei lassen, auch wenn sie eine Sexualbetätigung ihrer erst 14jährigen Kinder bejahen.

Verfolgt man allerdings für den Bereich der Sexualerziehung die pädagogische Literatur der jüngsten Zeit, so ergibt sich, daß von hier aus Verhaltensweisen als optimale Sexualerziehung angeboten werden, die nach der Auffassung des Gesetzgebers nicht nur nicht unter ein Erzieherprivileg bei § 180 fallen können, sondern ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des § 176 StGB zu erörtern wären⁴⁾.

So wird ausdrücklich die Natürlichkeit von "sexuellen Handlungen" zwischen Kindern und Eltern betont, werden Eltern aufgefordert, die Kinder aktiv

1) Kentler, Gutachten, S. 1027 (1028); vgl. darüberhinaus ders., Tendenzen der Sexualforschung, S. 23

2) Kentler, aaO.

3) "Je eher Jugendliche die Möglichkeit haben, ihr Sexualleben mit gleichaltrigen Personen zu führen, um so weniger entstehen die Neigungen, die Versirklichung in sexuellen Handlungen mit Erwachsenen als Notventil zu benutzen", vgl. Kentler, Gutachten, S. 1030

4) Vgl. hierzu Bookhagen, Chr. u.a.: Kindererziehung in der Kommune, Kursbuch 17, 147-178 und Kentler, rororo, 1970, S. 135 ff.

an ihrem Sexualleben teilnehmen zu lassen¹⁾. Ganz abgesehen von der Frage nach der persönlichen Einstellung, sieht man jedenfalls das Erzieherprivileg unter dem Stichwort "moderne Sexualerziehung" in Gebiete vorgeschoben, wo nach juristischer Literatur und Praxis wohl kaum etwas zu privilegieren sein wird. Die Frage nach der Berücksichtigung subjektiver Überzeugung, erzieherisch tätig zu sein, aber muß auch in diesen Fällen gestellt werden. Daß eine solche Situation auch für die Praxis der Gerichte anstehen kann, zeigt folgender Fall, der in der Presse behandelt wurde: Eltern hatten zugelassen, daß ihr Kind mit den Genitalien des Mannes spielte. Nachweislich war es bei dem Mann nicht zu sexuellen Reaktionen gekommen. Vor Gericht beriefen die Eltern sich auf die Sexualerziehung, trotzdem wurden sie von dem zuständigen Gericht in Aalen zu einer Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt²⁾.

Daß sich an diesem Punkt des Erzieherprivilegs die Geister in der parlamentarischen Beratung und in den vorhandenen Kommentierungen scheiden, dürfte klar sein. Der Gesetzgeber selbst hat es aber den Gegnern dieser Regelung leicht gemacht. Durch den Einbau der vagen und "wertungsschwangeren" Mißbrauchsklausel und der Außerachtlassung sonstiger tatbestandlicher Ungereimtheiten, hat niemand es jetzt nötig, sich mit dem hinter dem Erzieherprivileg stehenden Gedankengut auseinanderzusetzen, denn das Institut ist in sich selber angreifbar. Man muß sich daher, selbst wenn man mit den Grundsätzen nicht repressiver Sexualerziehung konform geht, bei der Kritik des § 180 Abs. 1 S. 2 mit Dreher treffen, dessen Einstellung zur

1) Vgl. Kentler, aaO. m.w.Nach.

2) Siehe Berichterstattung zu dem Fall in der Zeitschrift "Brigitte" 18/77, S. 112 ff.

Sexualerziehung zwar konträr zu den oben angeführten Thesen ist¹⁾, dem aber andererseits in seiner Kritik des Tatbestands zu folgen ist. Der Gesetzgeber hat seine fortschrittlichen Intentionen wenig sinnvoll ausgestaltet.

5.1.7. Kritik zu den einzelnen Formulierungen des Erzieherprivilegs im § 180 Abs. 1 S. 2

5.1.7.1. Die Mißbrauchsklausel

Wie schon oben angeklungen, ist die im § 180 Abs. 1 S. 2 enthaltene Mißbrauchsklausel: "dieses gilt nicht, wenn der Sorgeberechtigte durch das Vorschubleisten seine Erziehungspflicht gröblich verletzt" - Hauptansatzpunkt für kritische Stellungnahmen aller Couleur. Hier, so könnte man provozierend formulieren, hat der Gesetzgeber offensichtlich Angst vor der eigenen Courage bekommen, quasi für allzu Fortschrittliches eine Notbremse eingebaut.

Diese Mißbrauchsklausel aber zieht das ganze Institut in eine Auseinandersetzung, in der moralische Wertungen die dominierende Rolle spielen, was bei der Reform des Sexualstrafrechts gerade hatte vermieden werden sollen²⁾. Mit Dreher ist zu fragen: "Wann verletzt denn hier der Sorgeberechtigte eine Erziehungspflicht, und wann verletzt er sie gar gröblich?"³⁾ Welche Maßstäbe sind zu-

1) Dreher, JR 1974, S. 51: "Die Anschauungen reichen hier von den 'altmodischen' Leuten, zu denen ich mich zähle, und die da meinen, daß die Eltern ihre 15jährigen, psychisch noch ganz unausgereiften Kinder vor prakt. sexueller Betätigung, die sie geistig und seelisch nicht verarbeiten können, grundsätzlich bewahren sollten ..."

2) Vgl. Hanack, Gutachten zum 47. Deutschen Juristentag, S. 1728 ff.

3) Dreher, JR 1974, S. 51

grunde zu legen, die des eben Zitierten oder die, die in den Sachverständigengutachten dominierten? Das Ergebnis ist stark davon abhängig, welches Vorverständnis der Beurteilende mitbringt, welchen Standpunkt er selbst zu den Zweifelsfragen moderner Sexualpädagogik bezieht. Die groteske Note dieses Instituts wird deutlich, wenn man die Fälle betrachtet, die in den Kommentierungen entweder dem einen oder dem anderen Bereich - mit der Folge Strafbarkeit oder nicht(!) - zugerechnet werden¹⁾.

Vom Erzieherprivileg gedeckt soll folgender Fall sein:

Eltern lassen ihre 15jährige Tochter mit ihrem 17 Jahre alten festen Freund in der Wohnung übernachten. - Diese Konstellation bleibt im straflosen Terrain des Erzieherprivilegs, auch wenn die Tochter früher häufig wechselnde Geschlechtspartner hatte²⁾.

Eine einfache Verletzung der Erziehungspflicht soll vorliegen, wenn der Freund kein fester ist, die Eltern aber hoffen, daß er es wird. Offen bleibt hier, ob diese Fallvariante dann in die Strafbarkeitszone katapultiert wird, wenn die Eltern die Prämisse des letzten Satzes nicht erfüllen.

Ein grober Verstoß soll dagegen vorliegen, wenn sexuelle Handlungen bei Kindern unter 14 Jahren Vorschub geleistet wird, was sich von selber versteht, denn in diesen Fällen tritt nicht nur nicht das Erzieherprivileg ein, sondern diese Fälle können Grund bieten, den § 174 StGB anzuwenden.

1) Die Beispielsfälle sind entnommen: Dreher, aaO., S. 45 und 61; Lackner, § 180 Anm. 5a; Petters-Preisendanz, § 180 Anm. 5d

2) Daß dieser Fall nicht dem durchschnittlichen Verhalten Jugendlicher im Sexualbereich entspricht, wird aus den einschl. Untersuchungen z.B. bei Sigusch deutlich, vgl. Sigusch, Gutachten, S. 861 ff.

Weiterhin geht man von groben Verstößen aus, wenn Perversitäten (!) stattfinden, homosexuelle oder lesbische Betätigung gefördert wird, oder die Eltern gar ihr Haus in ein Bordell verwandeln. All diese Fälle rücken genau wie das obengenannte Beispiel hart an oder in den Strafbarkeitsbereich anderer Gesetzesvorschriften hinein (§§ 174, 176, 175, 180 Abs. 2).

Zum Abschluß soll dann - laut Dreher - das aktive sexualpädagogische Experiment stets eine gröbliche Verletzung sein¹⁾. In diesen Obersatz kann man beliebige Fälle einbeziehen, u.a. die einer freizügigen Sexualerziehung, die eben vom Standpunkt Dreher's aus sexualpädagogisches Experiment sein könnte. Von Experimenten, Frei- und Spielräumen in der Sexualerziehung aber ist gerade in der amtlichen Begründung des Erzieherprivilegs die Rede.

Aus den Beispielen ergeben sich daher keine allgemeingültigen Abgrenzungskriterien. Die einen sind zur Abgrenzung untauglich, weil offensichtlich wegen des Zusammentreffens mit anderen Straftaten oder der Nähe zur Strafbarkeit das Erzieherprivileg nicht eingreifen kann; ebensowenig bieten die anderen, die positiven Fälle des Erzieherprivilegs eine Vorlage, um Leitsätze zur Ausfüllung der Formel vom groben Verstoß gegen die Erziehungspflicht zu bekommen. Sucht man aber nach geeigneten Abgrenzungskriterien in anderen Regionen des Strafgesetzes oder in anderen Gesetzen, so schließt sich ein Teufelskreis: Immer wieder sind die hieraus zu gewinnenden Erkenntnisse ebenso ausfüllungsbedürftige Allgemeinformeln, die zur Abgrenzung taugen, wenn man sie wertet und

1) Dreher, § 180 Anm. 6b; ebenso Korstkotte, JZ 74, 86 ff. (87).

bewertet, wobei es exakt wieder auf dieselbe jeweilige Einstellung, das Vorverständnis, ankommt, mit dem man diese Arbeit beginnt, so daß das Problem dasselbe ist wie das, welches man ausgezogen ist zu lösen.

Als Orientierungshilfe dient z.B. der § 1666 BGB¹⁾. So wäre ein gröblicher Verstoß gegen das Erziehungsrecht denkbar, wenn angenommen werden kann, der Täter habe sein Sorgerecht mißbraucht. Ein solcher Sorgemißbrauch - so entnimmt man den Kommentierungen - sei z.B. das Anhalten zur Unzucht²⁾. Damit ist die Orientierungshilfe aber erschöpft und man steht vor dem Problem: Was ist unter "Anhalten zur Unzucht" zu verstehen?

Als zweite Abgrenzungsmöglichkeit könnte man versuchen, den § 170d StGB heranzuziehen. Im § 170d a.F. fand sich die Formulierung, daß strafbar sein sollte u.a. derjenige, der durch gewissenlose, gröbliche Vernachlässigung der Fürsorge oder Erziehungspflicht das sittliche Wohl des Kindes gefährdete. Die Fälle, die es abzugrenzen gilt, fallen bei § 170d in den Raum sittlicher Gefährdung, damit werden sie Bestandteil einer von jeher umstrittenen Problematik³⁾.

In § 170d n.F., der gleichzeitig mit den Sexualdelikten neugefaßt wurde, ist jetzt eine gröbliche Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht gegenüber Schutzbefohlenen erforderlich, die diese in die Gefahr bringt, u.a. in der psychischen Entwicklung erheblich geschädigt zu werden. Eine Identität ist bezüglich der tatbestandlich vorausgesetz-

1) Schönke-Schröder (Lenckner), § 180 Rdnr. 19

2) Palandt, BGB, § 1666, Anm. 4

3) Lenckner, JuS 1968, 306; Luther, NJW 1954, 493; Maurach, Lb, BT, § 49 II 1; Weizel, Lb, S. 429

ten gröblichen Verletzung der Erziehungspflicht festzustellen. Bei § 170d muß jedoch die Verletzung seitens der Eltern bei dem betroffenen Kind zu einer erheblichen Gefährdung der psychischen Entwicklung führen. Hieraus könnte sich ein neuer Aspekt für die Auslegung der Mißbrauchsklausel in § 180 ergeben. Man könnte etwa argumentieren, daß gröbliche Verletzungen der Erziehungspflicht auf der Folgenseite die psychische Entwicklung des Kindes gefährden und zumindest immer dann, wenn dies der Fall ist, ein grober Verstoß gegen die Erziehungspflicht vorliegt. Diese gewonnene Feststellung führt hinein in die Auseinandersetzung um den neuen gesetzlichen Begriff der Gefährdung der psychischen Entwicklung¹⁾. Je nach seiner Auslegung bekommt schon der § 170d eine unterschiedliche Bedeutung. Der Gesetzgeber gibt an, mit dem Begriffswechsel intendiert zu haben, daß die Bezugnahme auf eine bestimmte sittliche Ordnung preisgegeben wird, daß erfaßt werden sollen Fehlentwicklungen, die mit medizinisch-psychologischen Kriterien zu erfassen sind, daß untergeordnet aber beibehalten werden soll der Schutz des Entwicklungsprozesses, in dem sich die seelischen Fähigkeiten zur Bewältigung der Lebensaufgaben herausbilden²⁾. Einmal abgesehen von den inhaltlichen Ungereimtheiten dieser Forderungen, erzwingt die neue Formulierung eine Stellungnahme dazu, was man im Rahmen des § 170d an Erziehungsverstößen strafrechtlich sanktionieren will. Betrachtet man die zu § 170d a.F. ergangenen Urteile, in denen die Gefährdung des sittlichen Wohls eine Rolle spielte, wird das Problem und damit die Zweifelhaf-
tig-

1) Vgl. Schönke-Schröder (Lenckner), § 170d Rdnr. 8 aaO. auch die 19. Aufl. 1978; Hanack, NJW 74, 3; Dreher, § 170d Anm. 2 u. Rdnr. 4 in der 38. Aufl. 1978

2) BT-Drucks. VI/3521, S. 16

keit dieser Vorschrift deutlich. So hat z.B. der BGH eine Verurteilung nach § 170d aufrechterhalten für Eltern, die mit jeweils anderen Partnern in der ehelichen Wohnung offenbar intimere Beziehungen hatten, wovon die "geschlechtlich noch arglosen (!) Söhne (Alter: fünf und neun Jahre) Kenntnis nahmen, ohne allerdings Zeugen eines Geschlechtsverkehrs zu werden"¹⁾. Ihre Erziehungspflicht haben nach Meinung der befaßten Gerichte die Eltern vor allem dadurch gröblich verletzt, daß sie die Ausschließlichkeit der ehelichen Gemeinschaft vor Augen der Kinder preisgaben, was bei diesen zu einer Verwirrung der Vorstellungen über die gesetzliche Ordnung und das sittliche Wesen der ehelichen Gemeinschaft geführt habe²⁾. Mit dieser Begründung wäre der Fall heute schwerlich unter § 170d zu subsumieren.

In einer anderen Entscheidung ging es um die Duldung unzüchtiger Handlungen der Teilnehmer einer Karnevalsfeier trotz Anwesenheit des 16jährigen Sohnes. Die Bestrafung der Eltern scheiterte hier am Alter des Sohnes³⁾. Diese eigentlich sehr formale Stellungnahme kehrt als Altersgrenzproblem bei den §§ 180, 184, 131 wieder. Der Fall könnte jetzt kaum den § 170d auslösen, ob er es zur Zeit der Entscheidung - abgesehen von dem Altersproblem - gekonnt hätte, muß offenbleiben.

Hervorzuheben ist abschließend der in einem anderen Urteil enthaltene Satz, es sei allgemein anerkannt, daß "vor allem das sittliche Wohl des Kindes durch

1) BGHSt 3, 257

2) BGH, aaO.

3) BGHSt 5, 41

das Nichtfernhalten schädlicher Einflüsse gefährdet werden kann"¹⁾. Spielt sich ein solches Nichtfernhalten heute etwa im Bereich von §§ 184, 131 ab, so ist innerhalb dieser Paragraphen das Verhalten der Eltern aber ausdrücklich vom Erzieherprivileg gedeckt. Hier wird besonders deutlich, daß auch der § 170d neu zu orientieren sein könnte. Der Gesetzgeber hat allein eine Einengung des Tatbestandes versucht, in dem er die Strafbarkeit beschränkt wissen will auf Pflichtverletzungen, die eine erhebliche Gefährdung der psychischen Entwicklung, darstellen. Es sollen Fehlentwicklungen, die mit medizinisch-psychologischen Kriterien faßbar sind, erfaßt sein²⁾. Die Auslegung des Begriffs der Gefährdung der "psychischen Entwicklung aber ist - bei näherer Betrachtung - abhängig von all den Wertungen und Grundvorstellungen, um die es schon immer ging, geblieben. In der Literatur wird sogar ausdrücklich bestätigt, entgegen der Gesetzesbegründung könne die Neuregelung nicht bedeuten, "daß mit dieser Änderung nur noch solche Fehlentwicklungen verhindert werden sollen, die 'mit medizinisch-psychologischen Kriterien' zu erfassen sind (...). Vielmehr sei die sittliche Entwicklung insoweit auch Teil der psychischen Entwicklung i.S. des § 170d."³⁾ Damit ist aber der alte Stand - insbesondere der alte Streitstand wiederhergestellt.

Auch für die Auslegung und inhaltliche Grenzziehung der Mißbrauchsklausel kann man an dieser Stelle den Kreis schließen. Festgestellt werden muß, daß die Gefahr eines psychischen Schadens zwar Anhalts-

1) BGHSt 2, 348

2) Vgl. die Begründung in: BT-Drucks. VI/3521, S. 16

3) Vgl. Schönke-Schröder (Lenckner), §§ 170d, Rdnr. 8, 19. Aufl. 1978; Dreher, § 170d, Rdnr. 5, 38. Aufl. 1978 u. Lackner, § 170d, Anm. 3a, 12. Aufl. 1978

punkt für das Vorliegen eines gröblichen Verstoßes gegen die Erziehungspflicht sein könnte, daß aber die Festlegung, wann strafrechtlich relevante psychische Schäden vorliegen, auf denselben Wertungen beruht, die man auch für die Mißbrauchsklausel vollziehen muß.

Wie dabei das Erzieherprivileg selber und § 170d aufeinander wirken können, wird bei folgender Überlegung deutlich: Der gegenüber Kindern und Jugendlichen rücksichtslose und bedenkenlose Konsum pornographischer, gewaltverherrlichender oder zum Rassenhaß aufstachelnder Schriften ist als Verletzung von Erziehungspflichten auch mit der Folge einer Gefährdung des Jugendlichen denkbar. Während aber im Bereich der §§ 131 und 184 unbeschränkt, d.h. ohne Mißbrauchsklausel, das Erzieherprivileg eingreifen würde, ist die Frage einer Strafbarkeit nach § 170d - theoretisch - offen.

Fazit insgesamt muß sein, daß alle angebotenen, angerissenen Orientierungshilfen kaum taugliche Mittel sind, daß sich alle Bemühungen im Kreise drehen und an der Stelle enden, die es zu deuten galt.

Auch diejenigen Fälle, die als eindeutig unter das Erzieherprivileg fallend angeführt wurden, haben diesen "Pferdefuß". Die Kriterien, die man aus den oben erwähnten positiven Beispielen herausfiltern kann¹⁾, sind schon in sich gewertet und die Argumentation erinnert an die des BGH in den "Verlobten-Urteilen", jetzt nur modern reduziert auf die Ebene der "festen Bindung". Wenn das Indiz der festen Bindung vorhanden ist, und sei es auch nur in der Vorstellung der Eltern, bleibt

1) Vgl. Dreher, § 180 Rdnr. 13b, 38. Aufl.

das Geschehen straflos, ein Fall des Erzieherprivilegs. Wie aber soll bei unter 16jährigen eine Bindung überhaupt fest sein? Wichtig erscheint nur, daß es auf die Einstellung der Eltern bei der an sich tatbestandsmäßigen Handlung ankommt.

Da sich die bisher genannten Abgrenzungskriterien als offensichtlich untauglich erwiesen haben, könnte man darauf abstellen, ob das Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheiten durch aktives Tun oder Unterlassen als Akt der Erziehung der jeweiligen Eltern zu betrachten ist. Sind es Gleichgültigkeit oder Resignation, die das Verhalten bestimmen, dann kann diese Haltung gegenüber einem 14jährigen bis 16jährigen nicht vom Erzieherprivileg gedeckt sein.

Strafffreiheit über ein Erzieherprivileg ist so nur zu erlangen, wenn es sich wirklich um Vorgänge intentionaler Erziehung handelt. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, kann es nicht um grobe oder weniger grobe Verletzung der Erzieherpflicht gehen, sondern ein Erzieherprivileg kann diese Fälle nicht straffrei lassen, ohne daß der u.a. durch das Grundgesetz in Art. 6 Abs. 2 gezogene Pflichtenkreis verlassen wird.

Es ist insoweit Lackner Recht zu geben, der ausführt, durch die Mißbrauchsklausel gerate die Gesamtkonstruktion in den Sog eines Verstoßes gegen die Verfassung. Zu befürchten ist hier aber nicht nur der Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot¹⁾, sondern auch der Konflikt mit Art. 6 Abs. 2 des Grundgesetzes.

1) Lackner, § 180 Abs. 5a

5.1.7.2. Die Teilnahmeproblematik

Ungenauigkeiten und Schwierigkeiten entstehen auch, wenn man beginnt, Fälle des § 180 mit der Beteiligung mehrerer durchzuspielen. Nach der jetzigen Fassung des Gesetzes stellen sich "intrikate Teilnahmeprobleme"¹⁾

In den ursprünglichen Gesetzesvorschlägen war man davon ausgegangen, diese Probleme seien gelöst durch die Einbeziehung des sog. verlängerten Erzieherprivilegs, die bedeutete, daß ebenso privilegiert wie der Erziehungsberechtigte auch ein Dritter sein sollte, der mit dessen Einwilligung handelte, falls diese Einwilligung keinen großen Verstoß gegen die Erziehungspflicht enthält²⁾.

Dieses verlängerte Erzieherprivileg ist im Vermittlungsausschuß den Auseinandersetzungen zwischen Opposition und Regierung zum Opfer gefallen³⁾. Damit können sich Lehrer, Jugendgruppenleiter u.a. Personen in ähnlicher Position mit ähnlichem Einfluß nicht auf ein durch die Einwilligung der Eltern getragenes Privileg berufen.

Strafrechtlich irrelevant ist das Verhalten der Eltern außerhalb der Mißbrauchsformel, jede Delegation aber soll quasi mißbräuchlich sein. Ein solches Verhalten soll daher die Eltern selbst nicht, erst recht nicht denjenigen, auf den delegiert wird, straffrei lassen - so jetzt die Wertung des Gesetzes. Die sich daraus ergebende Problematik sei an folgenden Fällen dargestellt:

Fall 1: Eltern und Lehrer der Jugendlichen einer Obertertia (Alter der Schüler hier zwischen 14 und 16 Jahren) sind sich einig über eine freizü-

1) Dreher, JR 1974, S. 52

2) Vgl. BT-Drucks. VI/4552 u. BT-Drucks. VI/3521

3) S. dazu die Darstellung der Gesetzesentwicklung unter 3

gige Sexualerziehung. Im Hause eines Schülers findet eine Klassenfeier mit i.S.v. § 180 einschlägigen Vorkommnissen statt, was die anwesenden Eltern und Lehrer wissen und tolerieren und dementsprechend nicht verhindern. Strafflosigkeit oder Strafbarkeit der einzelnen Teilnehmer aus dem Delikt des § 180 hängt nun von mehreren Komponenten ab: Kommt es etwa während der Feier zu sexuellen Exzessen, bedingt durch Rauschgift oder Alkohol und schreiten die anwesenden Erzieher insgesamt nicht ein, dann kann man dazu kommen, daß die Lehrer, wenn man für sie eine eigene Garantenstellung neben den Eltern bejaht, direkt, die Eltern jedoch über die Mißbrauchsklausel strafbar wären.

Bleiben die sexuellen Handlungen im Rahmen dessen, was von den Erziehern als offene Sexualerziehung bejaht werden kann, sind die Eltern qua Erzieherprivilegs straflos. Was aber geschieht mit den anwesenden Lehrern? Man muß nun, um trotz des Fehlens des verlängerten Erzieherprivilegs, auch für sie zur Strafflosigkeit zu kommen, das Verhalten der Lehrer als Beihilfe klassifizieren, denn dann ist dieses in der Person des Lehrers eine Beihilfe zu einer für den Haupttäter "tatbestandslosen" Tat¹⁾, was nach den Grundsätzen der Akzessorietät zur Strafflosigkeit auch für den Teilnehmer führt. Qualifiziert man den Lehrer jedoch als (Mit)-Täter, so kann eine weitere Weichenstellung bei der Festlegung seiner Begehungsart folgenreich sein: Kommt man für ihn zu § 180 Abs. 1 Nr. 2, begangen durch Gewähren in der Handlungsalternative des Unterlassens, so kann man über das Erfordernis

1) Lackner, § 180 Anm. 5c bb; Horstkotte, JZ 74, S. 84 und 87; Schönke-Schröder (Lenckner), § 180 Rdnr. 24

der Zumutbarkeit bei den unechten Unterlassungsdelikten die Ergänzung des verlängerten Erzieherprivilegs einfließen lassen und über dieses Merkmal den "gestrichenen" Gedanken berücksichtigen. Dagegen käme man in Fällen, in denen aktives Tun vorliegt, nach h.M. zu einer Strafbarkeit des Lehrers, da für aktives Tun das Schuldkorrektiv der Unzumutbarkeit nicht gilt¹⁾, wobei die Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen bei § 130 I Nr. 2 mehr theoretisch und auslegungsabhängig ist.

Fall 2: Als Abwandlung sollen jetzt alle Vorgänge sich nicht im Elternhaus abspielen, sondern in der Schule. Dominierender Veranstalter des Ganzen ist dann der Lehrer. Gleich, wie man jetzt die Stellung der Eltern strafrechtlich einordnet, ob sie Täter oder Teilnehmer sind, sie sind jedenfalls dann straflos, wenn die Vorgänge sich im Rahmen des Erzieherprivilegs vollziehen, jedenfalls dann strafbar, wenn dieser Rahmen gesprengt wird. Deutet aber alles auf eine Täterstellung des Lehrers hin, so ist dieser ohne Berücksichtigung des Gedankengutes des Erzieherprivilegs strafbar (sonstige Ausstiegsmöglichkeit auch hier nur beim Unterlassungsdelikt).

Fall 3: Die Eltern halten eine fortschrittliche Sexualerziehung für sie selbst, für ihren Herrschaftsbereich nicht für vertretbar, sie stimmen aber zu, daß auf Veranstaltungen der Schule andere Maßstäbe angelegt werden. Sie halten grundsätzlich den Lehrer für kompetenter in Sachen Sexualpädagogik oder wollen zumindest dem vermeintlichen Fortschritt zustimmen. Sie delegieren mehr oder weniger die Sexualerziehung auf ihn.

1) Vgl. Fn. 1 S. 48

Auf einer Klassenfahrt kommt es zu sexuellen Handlungen. Über die Möglichkeit dieser Vorkommnisse sind die Eltern vorher aufgeklärt worden. Normalerweise wäre dieses ein Fall des verlängerten Erzieherprivilegs. Nach dessen Streichung stellt sich aber die Frage, ob alle diese Fälle zwangsläufig grobe Mißbräuche für die Eltern sein sollen.

Dieser verallgemeinernde Ausgangspunkt kann bei der Komplexität von Erziehungsfaktoren und Erziehungseinflüssen und den Gedanken, die das Erzieherprivileg begründen, nicht richtig sein, sondern es müßte ganz automatisch das verlängerte Erzieherprivileg miteinbezogen sein, wenn sich die Übertragung auf Dritte ihrerseits als Erziehungsakt darstellt und nicht nur die Motivation zugrundeliegt, auf diese Weise eine unliebsame Erziehungsaufgabe abschieben zu können. Nach der vereinfachten Darstellung der h.M., daß mit der Streichung des verlängerten Erzieherprivilegs diese Fälle nicht berücksichtigt werden könnten, wäre in casu der Lehrer strafbar, denn für sein Verhalten gibt es nach dem Wortlaut des Gesetzes keine Privilegierung. Stellt man insgesamt auf den positiven Aspekt der Erziehung ab, ist eine sinnvolle und den Verhältnissen angepaßte Sexualerziehung, da dieses Gebiet den Schulen ohnehin schon angedient wurde, genauso nötig und genauso vertretbar im Rahmen der Sozialisationsinstanz Schule, wie im Elternhaus selbst. Art. 6 Abs. 2 GG jedenfalls deckt eine Übertragung von einzelnen Erziehungsakten voll ab. In anderen Bereichen ist es dazu durchaus anerkannt, daß eine Übertragung der Ausübung von erzieherischen Einzelakten möglich ist. So z.B. die Ausübung des Züchtigungsrechts¹⁾!

1) Vgl. zum Züchtigungsrecht, LK (Hirsch), § 223 Rdnr. 24; Schönke-Schröder (Lenckner), § 223 Rdnr. 31; BGHSt 12, 68; a.A. Gernhuber, Familienrecht, § 49 II

Auf dieser Ebene wird die Übertragung einzelner den Eltern zustehenden Rechte auf Dritte gar nicht so zimperlich behandelt, obwohl die Übertragung von körperlichen Züchtigungen wesentlich stärker in die Persönlichkeit des Kindes eingreift und dazu viel weniger Üblich sein sollte¹⁾. Diese Sonderbehandlung von elterlichen Erziehungsakten im Rahmen des Erzieherprivilegs bedarf einer Erklärung und Begründung, die schwierig wird, wenn man davon ausgeht, daß die Erziehung nach der Überwiegenden Meinung im pädagogischen Schrifttum gerade nicht allein in der Familie vor sich geht²⁾. Steckt man aber mit den hier vertretenen Argumenten die Grenze des Erzieherprivilegs ab, so ist nicht zu befürchten, daß durch Dritte vorgenommene tatbestandsmäßige Handlungen eher gefährdend für den Jugendlichen sind. Denn diese Fallsituation setzt zwei einschränkende Korrekturen voraus: Einmal muß die Übertragung aus erzieherischen Gesichtspunkten erfolgen, nicht etwa nur aus der Einstellung, eine lästige Erziehungspflicht loszuwerden, zum anderen muß der Dritte auch als "quasi verlängerter Arm" der Eltern erzieherisch verantwortungsbewußt handeln.

Das ganze Institut wird zur Farce, wenn man genötigt ist, denjenigen, der an sich nichts anderes in seiner Position als Erzieher getan hat, als die Eltern und in voller Übereinstimmung mit diesen gehandelt hat, als Teilnehmer zu behandeln, oder zum Unterlassungstäter zu stempeln, damit man ein vertretbares Ergebnis bekommt. Diese Probleme aber werden für das Erzieherprivileg anstehen und im Lichte der anfangs angeschnittenen Frage gesehen, läßt sich erahnen, daß das jetzt eingeführte kaum lösbare Probleme aufwirft.

1) Vgl. Petri-Lauterbach, Gewalt in der Erziehung; Moser, Jugendkriminalität und Gesellschaftsstruktur, 1970; Horn, Dressur oder Erziehung, 1967, jeweils m.w.Nachw.

2) Vgl. Girschner-Wolddt, Soziologie für Pädagogen, 1973; Rührs, H., Theorie der Schule, 1968

5.1.7.3. Beschränkung des Privilegs auf § 180 I Nr. 2

Damit aber nicht genug der Kritik. Auch bei Außerachtlassung der Auseinandersetzung im Sinn und Inhalt des Erzieherprivilegs, aus der sich die vorigen Probleme ergeben, bietet der Tatbestand des § 180 Abs. 1 in der Kombination mit seinem Satz 2 noch Ungeklärtes.

Da die Neufassung des § 180 die Unterscheidung der Tatbestandsalternativen - Vorschubleisten durch Gewähren und Verschaffen von Gelegenheit (Nr. 2) und Vermitteln (Nr. 1) - beibehält, gleichzeitig das Erzieherprivileg aber nur auf die Nr. 2 bezieht, kommt es jetzt auf eine strafrechtliche Abgrenzung und Trennung beider Alternativen an. Bislang waren bei § 180 a.F. die Grenzen durchaus fließend und konnten es auch sein.

Während Vermitteln herkömmlich definiert wird als das "Herstellen persönlicher Beziehungen zwischen Opfer und Partner"¹⁾, geht es beim Gewähren und Verschaffen von Gelegenheit u.a. auch um die Zurverfügungstellung von Räumen. Wie aber, wenn der Täter wie in den oben geschilderten Fällen, sein Haus oder schulische Räumlichkeiten zur Verfügung stellt, generell weiß und akzeptiert, daß es zu sexuellen Handlungen kommt, darüberhinaus aber nicht auf zwei Beteiligte fixiert ist, sondern davon ausgeht, daß sich Jugendliche auf dieser Veranstaltung erst näher kennenlernen. Die Grenzen beider Alternativen dürften für diesen und ähnliche Fälle fließend sein, so daß immer, wenn man will und meint, der Weg zur Straflosigkeit oder umgekehrt offen ist.

1) Dreher, § 180 Anm. 6, LK (Müsl, § 180 Rdnr. 12

Die eindeutigen Fälle des Vermittelns aber, die Beschäftigung jugendlicher Call-Girls und Animierdamen, fallen u.U. sogar unter andere Strafbestimmungen, sicherlich aber nicht unter ein Erzieherprivileg, weil entweder die vorausgesetzte Beziehung: Sorgeberechtigter-Jugendlicher fehlt, oder klare, gar nicht zu diskutierende, Mißbräuche des Erziehungsrechts vorliegen. Darüberhinaus muß man auch sehen, daß dann, wenn der zu Verkuppelnde gerade 16 Jahre alt ist, beide Alternativen gleichgestellt sind - d.h. dann in beiden Alternativen Strafflosigkeit anzunehmen ist.

Diese Konsequenzen hätten Anhaltspunkt dafür sein müssen, die Handlungsalternativen des § 180 zu durchforsten und nicht einfach die alten Formulierungen zu übernehmen. Eine Übertragung des Erzieherprivilegs auf Grenzfälle des Vermittelns muß daher zulässig sein¹⁾.

5.1.7.4. Das Erzieherprivileg und der Dritte i.R. des § 180

Als nächster Gesichtspunkt soll noch eine grundsätzliche Frage angesprochen werden. An den sexuellen Handlungen, denen die Eltern bei ihrem Kind Vorschub leisten, ist - was in der Natur der Sache liegt - stets ein Dritter beteiligt. Interessant im Zusammenhang mit dem Erzieherprivileg wird es, wenn beide Beteiligte unter die Schutzaltersgrenze fallen, die für die Privilegierung des zur Sorge Berechtigten vorgesehen ist. So etwa in den oben geschilderten Beispielsfällen, wo es um eine Schulklasse ging, in der alle Schüler zwischen 14 und 16 Jahre alt waren:

Eltern gestatteten das Zusammensein ihrer Tochter mit dem Schüler X in ihrer Wohnung. Die Tochter und ihr Freund sind 15 Jahre alt.

1) A.A. Schroeder, Fr. Chr., Das neue Sexualstrafrecht, S. 49

Strafffreiheit über das Erzieherprivileg erlangen die Eltern bezüglich ihrer Tochter, die tatbestandliche Handlung begehen sie aber auch an dem Partner, dem Dritten. In casu bleibt es damit bei einer Strafbarkeit der handelnden Eltern aus § 180. Zwar stünde ihnen nach geltendem Strafrecht für das eigene Kind das Erzieherprivileg zur Verfügung, der Vorgang als solcher aber bliebe strafbar bezogen auf den zwangsläufig Mitbeteiligten. Nur wenn dieser 16 Jahre und älter ist, tritt wieder Strafffreiheit ein.

Zu diesem Problem findet sich keine präzise Stellungnahme, weder in der amtlichen Begründung noch in den Kommentierungen. Geht man aber mit der Vorstellung an den Straftatbestand des § 180 heran, daß das Zulassen sexueller Kontakte unter den Voraussetzungen des Erzieherprivilegs auch bei 14-16jährigen nicht zu bestrafen sei, da es sich mehr oder weniger um die Konsequenz einer bestimmten Erziehungseinstellung handelt, dann ist an dieser Stelle die strafbarkeitsausschließende Funktion moderner Sexualerziehung beendet. Ein Recht zur Erziehung fremder Kinder gibt es nicht. Wie man allerdings vernünftig und für die Bevölkerung verständlich erklären will, daß Eltern strafbare Kuppelei ausschließlich dann begehen, wenn der Partner der Tochter oder des Sohnes zwischen 14 und 16 Jahren ist , ist nicht einsichtig. Dieses Ergebnis berücksichtigt insbesondere nicht, daß durch reformiertes Strafrecht ein bestimmter Bereich des § 180 hinunter bis zur 14-Jahres-Grenze als Privilegierung von Erziehung straffrei gestellt werden sollte, sondern läßt lediglich für das Eltern-Kind-Verhältnis andere Maßstäbe gelten. Um so wichtiger wäre es dann gewesen, diese Maßstäbe zu begründen und festzulegen, was nicht geschehen ist.

Versuche, nach der jetzt vorliegenden Regelung des Gesetzes und der allgemeinen Auslegung, die sie erfahren hat, eine Lösung zu finden, sind schwer anzustellen und können nur im Einzelfall vom Erfolg gekrönt sein. So etwa, wenn man von der Möglichkeit Gebrauch macht, bei den Eltern, die sich bezüglich des Partners strafbar machen, im Bereich von Vorsatz oder Unrechtsbewußtsein "die Notbremse" zu ziehen. Es bleiben jedoch bei diesem Ergebnis Unbehagen und Unsicherheit zurück.

Zu Überlegen wäre, ob nicht eine zu § 258 Abs. 6 entwickelte Lehre für den vorliegenden Fall herangezogen werden kann: Im Rahmen des § 258 Abs. 6 ist anerkannt, daß dann, wenn der Täter als Angehöriger die Strafe vereitelt, er aber gleichzeitig zugunsten eines Nichtangehörigen handeln muß und nach seiner Vorstellung die Hilfe für den Angehörigen nur so erreichbar ist, er insgesamt strafflos sein soll¹⁾. Auf § 180 angewandt bedeute das, daß dann, wenn die Eltern unter den Voraussetzungen des Erzieherprivilegs sexuelle Handlungen Vorschub leisten und sie gleichzeitig die Tat handlung auch gegenüber dem beteiligten Partner begehen und nach ihrer Vorstellung die Durchsetzung ihrer Pädagogischen Auffassungen nur so gewährleistet ist, sie insgesamt straffrei sein sollen.

Bei dem Erzieherprivileg des § 180 kann der Erziehungsberechtigte seine ihm vom Gesetzgeber zugestandene Freiheit in der Sexualerziehung nur anwenden, wenn diese Freiheit für den Gesamtvorgang existiert und nicht nur für eine Hälfte.

1) Vgl. hierzu Lenckner, JuS 1982, 302; Ruß, JR 74, 164; Schönke-Schröder (Stree), § 258 Rdnr. 39 - abw. Kratzsch, JR 1974, 186; OLG Celle, NJW 1973, 1937

Ein direkter Ausweg bietet sich für den Fall, daß die Eltern des Dritten ebenso zustimmen und die handelnden Eltern sich darauf berufen. Dann kommt man, ausgehend von den oben dargelegten Thesen von der faktischen Geltung des verlängerten Erzieherprivilegs, zur Strafflosigkeit, denn den Eltern tritt dann ihrerseits für das fremde Kind ein verlängertes Erzieherprivileg zur Seite.

Zu einem Konflikt kann es kommen, wenn die Eltern des Dritten expressis verbis nicht zustimmen. Mögliche Lösungen sind auch hier, über Vorsatz, Verbotsirrtum oder ggfs. Zumutbarkeitsgesichtspunkt, die Ergebnisse zu korrigieren. Allerdings bleiben leise Zweifel, ob man dem Fall dann gerecht wird.

Erziehung kann in diesem Fall auf beiden Seiten eine Rolle spielen und das Strafrecht ist an sich nicht das geeignete Mittel, um Eltern zu demonstrieren, ihre Erziehung sei wenig fortschrittlich, demzufolge andere straflos sexuellen Handlungen - durch Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheiten - an ihrem Kind Vorschub leisten könnten.

5.1.7.5. Die Strafbarkeit des Dritten

Aus der in § 180 notwendig enthaltenen Dreierkonstellation entsteht ein weiteres Problem, das in der Literatur divergierend behandelt wird. Zu klären ist, was bezüglich einer in Frage kommenden Strafbarkeit des Dritten, des Partners, gelten soll. Das Problem als solches ist nicht

neu¹⁾. Zu untersuchen wäre aber, ob die Neufassung des § 180 neue Ansätze enthält und wie sich das Erzieherprivileg auswirkt.

Während einige Kommentierungen²⁾ davon ausgehen, daß auch mit der Neufassung der Dritte im Rahmen des § 180 straflos ist, will eine andere Meinung den Dritten "zumindest" (!) wegen Anstiftung (§ 26 - also gleich einem Täter (!) - bestrafen³⁾, mit der Begründung, das jetzt hervorgehobene Schutzgut - der Jugendschutz - erfordere diese Interpretation⁴⁾. Hiergegen ist jedoch zu sagen, daß gerade der Jugendschutz im § 180 eine überaus differenzierte Regelung gefunden hat und daß angesichts der reform und des sie tragenden Gedankenguts von dem Dritten eine rechtsgutsgefährdende Handlung nur begangen wird, wenn er in andere Strafbarkeitstatbestände kommt, etwa tatbestandsmäßig i.S.d. §§ 174, 176 aber auch des § 180 Abs. 2 sowie § 180a handelt.

Unter den "normalen" Voraussetzungen des § 180 ist daher von einer Straflosigkeit des Dritten auszugehen. Man erhält dieses Ergebnis per se, wenn ein Personensorgeberechtigter als Haupttäter agiert. Ist sein Verhalten vom Erzieherprivileg gedeckt, dann ist aus Gründen der Akzessorietät der Teilnehmer straflos. Möglich ist aber, daß der Erziehungsberechtigte seine Erziehungspflicht gröblich verletzt und somit strafbar wird. Über das Institut der notwendigen Teilnahme könnte der Dritte losgelöst von der Bewertung

1) Vgl. zu § 180 a.F.: RGSt 4, 252; BGHSt 10, 386; 15, 377; Baumann, JuS 1963, 53: für eine Bestrafung des Dritten - gegen eine solche: Bindokat, NJW 1961, 1731; Kaufman (Armin), MDR 1958, 177; Lange, Notw. Teiln., S. 81; Herzberg, GA 71, 10

2) Vgl. Lackner, § 180 Anm. 6; Schönke-Schröder, § 180 Rdnr. 43

3) Dreher, § 180 Anm. 6 unter Berufung auf BGHSt 10, 386 u. 15, 377; Horstkotte, JZ 74, 87

4) Dreher, § 180 Anm. 6

der Handlung des Haupttäters straflos sein, wenn er selbst im Rahmen des Strafbarkeitsbereichs von § 180 Abs. 1 bleibt. Dieser Weg scheint auch richtig, denn seine Situation ist anders als die desjenigen, der außerhalb der Partnerstellung Teilnehmer oder Mittäter ist. (Vgl. oben unter 5.1.7.2.). Für diesen Kreis mögen sich Abhängigkeiten von der Person des Haupttäters stellen, beim notwendig teilnehmenden Dritten jedoch, sollte die Strafbarkeitsdiskussion nur dann aufgenommen werden, wenn er mehr tut als vom Bagatellsexualdelikt des § 180 Abs. 1 Ziff. 2 vorausgesetzt wird.

5.1.8. Zusammenfassung

Bei der Betrachtung des Erzieherprivilegs in § 180 Abs. 1 ist die Problematik dieser Regelung bereits überdeutlich geworden. Insgesamt macht sich jedoch am stärksten der Mangel bemerkbar, daß der gesetzlichen Regelung kein einheitliches und konsequentes Konzept zugrundeliegt. Will man überhaupt mit dem Erzieherprivileg arbeiten, so muß man ein Konzept nachliefern, anderenfalls verstrickt man sich in eine heillose Von-Punkt-zu-Punkt-Betrachtung, die widersprüchlich werden muß und grenzenlos unbestimmt ist.

5.2. Das Erzieherprivileg bei § 184 StGB

Es geht jetzt im Rahmen des § 184 StGB nicht mehr um die direkte sexuelle Betätigung Jugendlicher, sondern um ihre mittelbare und unmittelbare Beteiligung am Konsum dessen, was als Pornographie

für Erwachsene von Erwachsenen produziert, für die jeweiligen Produzenten ein sprudelnder Brunnen des Profits ist.

5.2.1. Die Diskussion um die Reform des § 184

Die Strafvorschriften über die Verbreitung pornographischen Materials waren in der Diskussion um das 4. Strafrechtsreformgesetz besonders umstritten, was nicht verwundert, wenn man bedenkt, wie viel an Wertung, persönlicher Einstellung, persönlichem Vorverständnis, subjektiv ästhetischem Empfinden, Doppelbödigkeit und vorgeschobener Moral hinter diesen Vorschriften und hinter der Argumentation zu ihrer Problematik stehen kann. Treffend hier das Wort von dem "ambivalenten" Verhältnis der Gesellschaft zur Pornographie, die gebraucht und zugleich bekämpft sei¹⁾.

Als Ergebnis der Diskussion präsentiert sich nunmehr der § 184 n.F., der durch seine Existenz dokumentiert, daß die Forderung der gänzlichen Freigabe sich nicht hat durchsetzen können, der darüberhinaus deutlich macht, daß diese Endfassung ein Kompromiß gewesen sein muß.

Der § 184 a.F. hatte ein Totalverbot für unzüchtige Schriften enthalten. Gegen ihn und seine Grundaussage waren zahlreiche Lockerungsbemühungen in Gang gesetzt worden. Als Strafvorschrift war er hart bedrängt, teilweise durch die soziale Wirklichkeit leergelaufen. Das Problem wurde allerseits gesehen. Einen bedeutungsvollen Lösungsversuch unternahm der BGH selber in dem

1) Sigusch, Schmidt, Tendenzen der Sexualforschung, S. 39

schon oben erwähnten Fanny-Hill-Urteil¹⁾, dessen Aussage die Justizwelt um den § 184 veränderte, während die soziale Außenwelt schon verändert war.

Die totale Reform, nämlich den Verzicht auf jegliche Strafandrohung im StGB hatte der Alternativentwurf vorgeschlagen²⁾. Der ursprüngliche Vorschlag des Regierungsentwurfs war noch stärker an diese Vorstellung vom freien Konsum für den mündigen Bürger angelehnt. Enthalten waren hier die jetzige Nr. 1 des § 184 Abs. 1 damals Nr. 1 und 3 und eine Sammelbestimmung unter Nr. 2, die Herstellen, Vervielfältigen, Beziehen, Vorrat halten, an einen anderen gelangen lassen, Ein- und Ausfuhr zum Zwecke der Verbreitung mit Strafe bedrohte. Betont wurden Jugendschutz und freier Konsum, wobei sich die Verfasser im klaren waren, daß durch die Vorschrift eine völlige Abschirmung der Jugend gar nicht möglich war³⁾.

Diese Fassung wurde im Laufe der Gesetzesberatung zum Streitpunkt zwischen Regierung und Opposition. Der jetzige § 184 kam erst im Vermittlungsausschuß zustande. Er unterteilt die Pornographie in einfache und schwere (§ 184 Abs. 1 und Abs. 2), ein Totalverbot alten Stils gilt jedoch nur für die zweite, die harte Form. Beibehalten und verstärkt wird der Jugendschutz, ansonsten ist dieser Paragraph durch eine starke Differenzierung und Verästelung gekennzeichnet. Er wird getragen von dem Ziel, zumindest eine Erschwerung beim Zugang zur Pornographie zu erreichen und ist zugleich Ausdruck des Wunsches,

1) BGHSt 23, 40 ff.

2) AE, BT, Sexualdelikte, S. 50

3) Vgl. BT-Drucks. VI 1552, S. 44

etwa dänische Zustände zu vermeiden. Gleichzeitig soll aber der mündige Bürger nicht ganz vergessen werden. Damit sind zu dem Problem Pornographie die Würfel - vorläufig - gefallen. Während Teile der Literatur der Neuerung einen bescheidenen Fortschritt bescheinigen, geht anderen auch dieser noch zu weit.

Der Gesetzgeber ist jedenfalls für die Zukunft davon ausgegangen, daß es durch § 184 zu schützende Rechtsgüter gibt und daß dieser Schutz auch der des Strafrechts sein muß, dazu in dem Abschnitt über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung.

Um eine solche Einordnung rechtfertigen zu können, braucht man konkret ein Schutzgut, das in diese Richtung deutet; deshalb die Betonung des Jugendschutzes, auch hier im Sinne des Schutzes der ungestörten sexuellen Entwicklung. Dazu müßte jedoch die Gefahr bestehen, daß eben diese sexuelle Entwicklung durch Pornographie gefährdet wird. Schon diese Grundvoraussetzung ist nicht eindeutig zu bejahen. So wurde dem Sonderausschuß für die Strafrechtsreform gesagt, Kinder seien "an Pornographie nicht primär interessiert und durch sie kaum zu schädigen", Jugendliche drängten "gemäß ihrem inneren Drangzustand nach sexueller Eigenerfahrung" und seien "durch pornographische Darstellungen kaum beeinflussbar", sie "benutzten sie höchstens kurzfristig als Informationsquelle"¹⁾. Noch deutlicher sind die Ausführungen Siguschs: "Es gibt überhaupt keine wissenschaftlichen Hinweise dafür, daß Kinder durch die Konfrontation mit Bildern, Filmen und Texten eindeutig sexuellen Inhalts geschä-

1) Mitscherlich, Gutachten, S. 909; dazu auch Adorno (in Sexualität und Verbrechen) Sexualtabus und Recht heute, S. 309 ff.; vgl. dagegen Affermann, Gutachten, S. 958

diget werden können" ¹⁾).

Ist aber im Grunde schon nicht nachweisbar, daß Gefahren überhaupt entstehen können, so drängen sich Zweifel auf, ob in dem fraglichen Bereich eine Strafrechtsvorschrift ein geeignetes Mittel zum Schutze ist, ob nicht der Rückzug ins GJS - hier dann allerdings in reformierter Form - angebracht gewesen wäre. Was das zweite Schutzgut des § 184, den Schutz Erwachsener vor unerwünschter Belästigung (Nr. 6) betrifft, so deutet diese Schutzrichtung ebenso in die strafrechtlichen Nebengebiete, etwa ins Ordnungswidrigkeitengesetz.

Insgesamt dürfte die Argumentation, die man dem Gesetzestext und der amtlichen Begründung zu § 184 entnehmen kann, wie folgt aussehen: Durch die Teilfreigabe der einfachen Pornographie ist dem Grundsatz: "In dubio pro libertate" Genüge getan. Der mündige Bürger hat - beschränkt - das Recht, selbst zu bestimmen, was er lesen will. Dieser enge Vorrang der Freiheit hört aber auf, wenn schützenswerte Interessen der Jugend tangiert werden; daß dieses geschieht, ist zwar nicht geklärt, als Gesetzgeber kann man aber wiederum nicht "alle Taten straffrei lassen, deren Schädlichkeit nicht eindeutig bewiesen noch ausgeschlossen werden könnte ..." ²⁾

Jetzt "also in dubio pro Pönalisierung" ³⁾ Die Bedenken gegen diese Argumentation - etwa, daß die abstrakte Gefährdung, um die es geht, eine Strafrechtsvorschrift nicht unbedingt erfordert,

1) Sigusch, Gutachten, S. 867

2) BT-Drucks. VI/2521, S. 10

3) Baumann, ZRP 1971, S. 130

daß das Hochhalten des Jugendschutzes bei § 184 Abs. 1 mehr oder weniger plakativ ist, da eine bedingte Freigabe an Erwachsene auch die bloße Kontaktmöglichkeit für Jugendliche erhöht, daß die Trennung zwischen harter und einfacher Pornographie ein Problem der Wertung ist, das nicht einfach zu lösen sein dürfte - drängen sich jedoch auf.

Hinzu kommt noch, daß gerade im Gebiet des Jugendschutzes seltsame Ungereimtheiten zwischen § 184 und dem § 21 GJS immer bestanden haben und auch nach einer erneuten Änderung durch Art. 75 EG StGB ¹⁾ noch bestehen. § 21 Abs. 5 GJS gibt nach wie vor die Möglichkeit, von Strafe abzusehen, wenn der Täter selbst ein Jugendlicher oder Angehöriger i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist. Eine entsprechende Regelung fehlt im § 184. Die Ausdehnung auf den Angehörigen steht der Regelung des Strafrechts sogar entgegen. Vor allem stellt § 21 Abs. 3 GJS auch fahrlässiges Handeln unter Strafe, was bei § 184 nicht vorgesehen ist, so daß das Konkurrenzproblem nicht durch den schlichten Vorrang des StGB zu lösen sein dürfte. Schließlich enthält § 21 Abs. 4 GJS die Regelung, daß auch auf denjenigen, der mit der Einwilligung des Sorgeberechtigten Schriften einem Jugendlichen "anbietet, überläßt oder zugänglich macht", die Sanktionen nicht anwendbar sind. Neu ist weiterhin, daß § 21 GJS jetzt eine Mißbrauchsklausel in der Form hat, daß die Strafbefreiung nicht gelten soll, "wenn der Sorgeberechtigte durch sein Handeln oder die Einwilli-

1) Vgl. die letzte Änderung v. 22.12.1977, BGBl I, 3104

ligung seine Erziehungspflicht gröblich verletzt. Die §§ 131 und 184 StGB aber enthalten diese Klausel nicht. (!)

5.2.2. Der neue Begriff des Pornographischen

Um den § 184 Abs. 1 als Hintergrund des Erzieherprivilegs wenigstens in Einzelaspekten erfaßt zu haben, muß noch auf den vollzogenen Begriffswechsel von unzüchtig auf pornographisch eingegangen werden, von dem bezweifelt wird, daß er eine echte Veränderung beinhalte¹⁾.

Während es bei § 184 a.F. um unzüchtige Schriften ging und als unzüchtig diejenigen galten, die geeignet waren, das "Scham- und Sittlichkeitsempfinden eines unbefangenen Durchschnittsmenschen in geschlechtlicher Beziehung zu verletzen"²⁾, hat der Gesetzgeber jetzt auf den pornographischen Charakter abgestellt. Er hat den von Hanack³⁾ vorgeschlagenen Begriff übernommen, nicht jedoch dessen inhaltliche Vorstellung. Denn definiert werden soll pornographisch nach dem Willen des Gesetzgebers wie folgt: Pornographisch sind Schriften, die

1. "zum Ausdruck bringen, daß sie ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung eines sexuellen Reizes bei dem Betrachter abzielen und dabei
2. in Einklang mit allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen gezogene Grenzen des sexuellen Anstandes eindeutig überschreiten"⁴⁾.

1) Becker, Ruthe, FamRZ 1974, S. 509 f.; Schneider, ZRP 1971, S. 20; Dreher, § 184 Anm. 2; Lackner, § 184 Anm. 8c

2) Vgl. BGHSt 3, 295; 5, 346; 11, 67

3) Hanack, Gutachten, 7. Dt. Juristentag, S. 17

4) BT-Drucks. VI/3521, S. 60

Demgegenüber hatte Hanack seinen Pornographiebegriff anders festgelegt. Nach seiner Meinung ist für den pornographischen Charakter einer Schrift entscheidend, "ob und in welcher Intensität ein solches Erzeugnis das Wesen der Sexualität verfälscht"¹⁾. Dieses Definitionsmodell hat den Vorteil, daß nicht nur das umstrittene Scham- und Sittlichkeitsgefühl entfällt, sondern auch dessen modifizierte Neufassung im Gewande des normativen Merkmals, - "die von allgemeinen gesellschaftspolitischen Wertvorstellungen gezogenen Grenzen des sexuellen Anstands".

Die Gefahr dieser Definition aber ist ihre Weite. Man kann hier - je nach Standpunkt - Dinge als in diesem Sinne pornographisch charakterisieren, um die es nie gegangen ist. So wird z.B. den in den Schulen verwendeten Aufklärungsbüchern in der Fachliteratur der Vorwurf gemacht, sie verfälschten das Bild der Sexualität. Durch die Darstellung von Organfunktionen und funktionalen Abläufen kläre man Biologisches, vernachlässige aber die anderen Funktionen der Sexualität - die soziale Funktion ebenso wie die Entspannungs- und Lustfunktion²⁾.

Die von Hanack gelieferte Definition verengt den Begriff insoweit, als nicht mehr eine so starke Abhängigkeit von wankelmütiger öffentlicher Meinung und deren Pornographieverständnis besteht. Diese hat in jüngster Zeit, teils in dem Zwang, modern und liberal zu gelten, teils aus Resignation oder zur Ersatzbefriedigung immer deutlicher den Trend gezeigt, immer mehr

1) Hanack, Gutachten, S. 1110

2) Kentler, Kritik der gegenwärtigen Sexualerziehung, S. 123 ff.; vgl. Schmidt, Eike und Thomas, Sexualerziehung, S. 6 ff. und Richtl. der Schulbehörde Hamburg für den Sexualkundeunterricht, S. 6

sn Pornographie über sich ergehen zu lassen¹⁾.

Einst hatte das Reichsgericht darüber zu entscheiden, ob die Illustration einer sich be-
spiegelnden, mit durchsichtigem Schleier ver-
hüllten Frau, ein Titelbild, das eine halb-
nackte Frau mit Taube darstelle, oder die hin-
tergründige Formulierung des Buchtitels "Flit-
terwochen in Monte Carlo" unzüchtig seien²⁾.

Diese Probleme berühren heute niemanden mehr.
Es warten im Zuge der systematischen Entklei-
dung zunächst des weiblichen, jetzt auch des
männlichen Geschlechts, in den Medien diese
mit ganz anderen Geschützen auf, ohne die
strafrechtliche Diskussion zu entfachen. Diese
"Geschütze" aber sind sozialadäquat, fast je-
dermann, auch Jugendlichen, durchaus vertraut
und zugänglich. Fallen aber hier die Barrie-
ren, so findet man kaum Maßstäbe, wo die je-
weiligen Grenzen des sexuellen Anstands lie-
gen, denn diese sind fließend. Provozierend
könnte man fragen, ob nicht durch diesen ge-
sellschaftlichen Vorgang im Bereich der Porno-
graphie die Entwicklung Jugendlicher viel eher
negativ beeinträchtigt wird. Jedenfalls scheint
ein Jugendschutzproblem hier wesentlich viel-
schichtiger zu sein und kaum durch bloße Inhalts-
bestimmung dessen, was man zur Zeit unter Por-
nographie verstehen will, zu lösen.

Unzweifelhaft haftet den Darlegungen, die als
pronographisch zu bezeichnen sind, etwas an,
was mehr oder weniger stark ausgeprägt der
Würde der Sexualität, der sexuellen Beziehun-
gen zwischen den Partnern und damit der Würde

1) Vgl. Schneider, JR 1968, S. 282

2) RGSt 26, 370

des Menschen i.S.d. Art. 2 GG ins Gesicht schlägt.

Diese Begriffsbestimmung aber unterliegt denselben "Schwächen" wie die Interpretation Hanacks. Damit wird aber nur deutlich, daß der strafrechtliche Schutz eines Rechtsgutes Jugendschutz in diesem Gebiet bestritten sein muß.

Es bleibt aber für die Arbeit mit dem existierenden Straftatbestand die Frage offen, ob man vor Pornographie als gesellschaftlicher Erscheinungsform durch strafrechtliches Verbot schützen soll, ob man ein existierendes Phänomen, das man vorgibt zu bekämpfen, nicht dadurch erst interessant und als Verbotenes effektiv macht.

Der Schluß jedoch, höhere Strafen, härteres Durchgreifen seien die Lösung des Problems, wäre verfehlt. Erstens hat diese Entwicklung begonnen und ihren Höhepunkt erreicht unter der Geltung der alten umfassenden Strafvorschrift, zum zweiten sollte die in den 60er Jahren aufgetretene - im Zusammenhang mit den neugestalteten GJS-Vorschriften zu sehende - Welle des Durchgreifens beim literarischen Jugendschutz Warnung genug sein. Die ersten der damals eingegangenen Erfolgsmeldungen, wirken im Rückblick fast belustigend: "Vor allem Eltern, Erzieher und verantwortungsbewußte Erwachsene haben mit Befriedigung festgestellt, daß manch unerfreuliches Presseerzeugnis aus dem Erscheinungsbild der Kioske und Schaufenster verschwunden ist"¹⁾. Dieser "Erfolg" falls jemals vorhanden, muß jedenfalls sehr kurzlebig gewesen sein. Die Bemühung der damaligen

1) Vgl. Klückner, Jugendschutz, Heft 1/2 1966, S. 8

Zeit zeigt aber deutlich, daß eine krampfhaft Anti-Haltung, die Errichtung von Schutzhüllen um eine wohlbehütete und wohl zu behütende Jugend keine Mittel sind, die die Bezeichnung Jugendschutz zu Recht zu tragen. Noch viel weniger taugen sie dazu, das Pornographieproblem zu lösen. Sinnvoller in jeder Hinsicht erscheint der Weg einer Sexualerziehung, die, wie Kentler ausführt, eine der besten Möglichkeiten ist, die Jugend zu schützen¹⁾. Wobei mit Sexualerziehung in diesem Bereich die Darstellung des Phänomens Pornographie als Bestandteil der sozialen Umwelt gemeint sein kann. Es kann nötig sein, Jugendliche zu aufklärerischen Zwecken damit zu konfrontieren, allerdings kann solches Material nicht selbst aufklärend i.S. einer positiven Sexualerziehung sein. In der Auseinandersetzung mit der Pornographie kann es für verantwortungsbewußte Erwachsene nur darum gehen, aufzuklären und zu demonstrieren, daß Pornographie in dem Bereich, in dem sie überhaupt auffällig wird, eine Verfälschung und Verfremdung menschlicher Beziehung par excellence ist.

5.2.3. Die Funktion des Erzieherprivilegs

Zu diskutieren ist, ob das in § 184 Abs. 4 enthaltene Erzieherprivileg einen Schritt zum so verstandenen Jugendschutz ist oder werden kann.

Das Erzieherprivileg durchbricht die Strafbarkeit des § 184 für die Fälle, in denen der Personensorgeberechtigte pornographisches Material i.S. von § 11 Abs. 3 StGB einer Person unter 18 Jahren

1) Kentler, Gutachten, S. 1027 ff. (1028)

anbietet, überläßt oder zugänglich macht.

5.2.4. Der erfaßte Personenkreis

Für den privilegierten Personenkreis gelten im wesentlichen die oben (unter 5.1.5.) genannten Grundsätze. Auch bei § 184 ist das verlängerte Erzieherprivileg entfallen. Grundsätzlich wäre auch hier die Möglichkeit einer Übertragung im Einzelfall erwünscht, jedenfalls wäre sie von Art. 6 Abs. 2 GG gedeckt.

5.2.5. Erfaßte Fälle

Hierzu gilt es zunächst festzustellen, daß der Kreis der zu erfassenden Fälle für das Erzieherprivileg des § 184 anders als bei § 180 aussehen kann. So wird z.B. das Anwendungsgebiet des pädagogischen Notstandes zweifelhaft, teilweise wird auch der Gedanke der Sexualerziehung verworfen¹⁾. Es ist in der Tat eine "Notstandssituation" schwerlich zu konstruieren, in der der Täter sich entschließt, pornographisches Material Jugendlichen anzubieten, zu überlassen oder zugänglich zu machen, um nicht das Vertrauen des zu Erziehenden zu verlieren.

Bleiben dann aber nur die Fälle der Sexualerziehung oder kommen ganz neue Ansatzpunkte ins Spiel?

Betrachtet man die einschlägige Kommentierung von Lenckner²⁾, erscheint das letztere möglich zu sein. Nach dieser Darstellung geht es jetzt,

1) Vgl. Schönke-Schröder (Lenckner), § 184 Rdnr. 6.

2) Vgl. Schönke-Schröder (Lenckner), § 184 Rdnr. 62 f.

im Rahmen des § 184 gar nicht um Sexualerziehung, sondern schlicht um eine gesetzlich zugestandene Unsicherheit, ob durch die tatbestandsmäßige Handlung überhaupt Schäden hervorgerufen werden. Wenigstens für den Personensorgeberechtigten sollen diese Strafbarkeitszweifel nicht zu seinen Lasten gehen¹⁾. Diese Begründung zeichnet sich dadurch aus, daß sie sehr ehrlich zu sein scheint. Die Unsicherheit darüber, ob man hier nicht Dinge poenalisiert, die in dem Bereich des § 184 I, also der sog. einfachen Pornographie kein Rechtsgut gefährden, ist groß und an vielen Stellen der Auseinandersetzung um eine Reform des § 184 deutlich geworden. Legt man aber - wie offensichtlich Lenckner - die These der zu vermutenden Unschädlichkeit zugrunde, so hätte man verstärkt auch für eine Totalfreigabe für Erwachsene plädieren müssen, denn hier ist ein eigenes Schutzgut noch schwerer zu konstruieren und ebenso seine Tangierung.

Anhand solcher Argumentation wird erneut deutlich, wie wenig schlüssig die Einheitslösung des Gesetzgebers ist. Bei § 180 waren erforderlich notstandsähnliche Situation oder Ausnutzung des Freiraums Erziehung, bei § 184 könnte eher vertreten werden, daß die bloße Stellung des Personensorgeberechtigten für den Eintritt des Erzieherprivilegs ausreicht. Immer aber führt das Erzieherprivileg nach der Meinung des Gesetzgebers zur Straflosigkeit über den Weg des Tatbestandsausschlusses. Die Frage aber, ob dem Erzieherprivileg nicht doch eine einheitliche Grundkonzeption zugrunde liegt, die den Ersatz dieser Regelung bestimmt, bleibt unklar.

1) Lenckner, aaO., RdNr. 60 ff.

Zur Begründung des Erzieherprivilegs bei § 184 sind grundsätzlich mehrere Argumentationen möglich:

Es kann zur Erziehung gehören, Jugendliche anhand von Anschauungsmaterial über die Wertlosigkeit von Pornographie aufzuklären¹⁾.

Diese These beinhaltet den Grundgedanken des elterlichen Freiraums bei der Erziehung ihrer Kinder.

Daneben kann man aber auch - wie oben angeklungen - den Gedanken heranziehen, daß der Gesetzgeber mit Rücksicht darauf, daß die Möglichkeit schädlicher Auswirkungen der Pornographie auch im Hinblick auf Jugendliche nicht bewiesen ist, darauf verzichtet hat, den Personensorgeberechtigten in der Erziehung durch ein strafrechtliches Verbot einzuschränken²⁾.

Drittens kann man versuchen, durch die These, daß es nicht wünschenswert sei, mit Mitteln des Strafrechts in die Intimsphäre der Familie einzugreifen³⁾, eine generelle Aussage zu treffen. Dieser Aspekt könnte im Rahmen des § 184 grundsätzlich eine Rolle spielen, weil die Tathandlung sich hier in der Tat nur zwischen Eltern und Heranwachsenden abspielt. Anders als bei § 180, wo durch die notwendige Beteiligung und

1) So auch Schönke-Schröder, 17. Aufl., § 184 Rdnr. 60; s. auch die amtliche Begründung, vgl. BT-Drucks. VI/ 1552, S. 35

2) Schönke-Schröder (Lenckner), § 184 Rdnr. 61; ebenso Schönke-Schröder, 17. Aufl. § 184 Rdnr. 62

3) Vgl. die Ausführungen des Sonderausschusses, Prot. VI, S. 64, zu § 131; Schönke-Schröder (Lenckner), § 184 Rdnr. 61

Beeinträchtigung Dritter die intime Familiensphäre schwerlich herangezogen werden kann, liegt eine hierauf gestützte Argumentation bei § 184 nahe.

Der Gesetzgeber wollte den Personensorgeberechtigten privilegieren. Begeht dieser eine an sich tatbestandsmäßige Handlung, so bleibt er strafrei aufgrund seiner Stellung zum "Opfer" und der daraus resultierenden Möglichkeit, daß es sich um Erziehung, um Sorge für die Person des Jugendlichen und nicht um seine Gefährdung handelt. Wenn die Konstruktion des Erzieherprivilegs - vor allem in Ansehung des Schutzgutes: ungestörte sexuelle Entwicklung des Jugendlichen - einen Sinn haben soll, dann kann es nur der sein, klarzustellen, daß, wenn ein an sich tatbeständliches Verhalten des Erziehungsberechtigten getragen ist von pädagogischen Motiven, es Ausfluß der Personensorge ist und sich als Akt einer Erziehungseinstellung darstellt, daß Schutzgut kaum tangiert wird, im optimalen Fall ein Schutz erst aufgebaut wird. Die Schädlichkeit der Pornographie für Kinder und Jugendliche nimmt aber nachweislich ab oder ist überhaupt nicht vorhanden, je aufgeklärter die Betroffenen sind¹⁾. Je mehr also mit der tatbestandsmäßigen Handlung diese Tendenz verbunden ist, um so geringer wird die Gefahr für das Schutzgut. Geht man davon aus, daß konstruktive Aufklärung überhaupt der beste Jugendschutz ist²⁾, so muß man strafrechtlich diese Ausgangssituation berücksichtigen. Gibt es dazu keine Möglichkeit, so poenalisiert die

1) Vgl. zum Einfluß der Pornographie auf Kinder, Kentler, Gutachten, S. 1028

2) Kentler, aaO.

Strafrechtsordnung u.U. schützendes Verhalten. Ein Erzieherprivileg war daher an dieser Stelle dringend erforderlich.

Denn wird eine nur durch den Jugendschutz begründete Strafbarkeit beibehalten, dann kann dieser Schutz preisgegeben werden, wenn das Schutzgut unter bestimmten Voraussetzungen nicht beeinträchtigt wird. Vermutet man, daß dieses generell nicht der Fall ist, dann fällt die ganze Strafvorschrift in sich zusammen, denn eine Unterscheidung zwischen Pornographie außerhalb der Familiensphäre und innerhalb derselben kann nicht gemacht werden, wenn Pornographie als solche nicht nachweislich schädlich ist.

Dieses ist exakt das Problem, das die Begründung, die davon ausgeht, daß es nicht wünschenswert sei, mit Mitteln des Strafrechts in die Intimsphäre der Familie einzugreifen, aufwirft. Ein Nichteingreifen ist nur dann nicht wünschenswert, wenn das ansonsten hochgehaltene Schutzgut in der Familie nicht betroffen wird. Das aber ist nur der Fall, wenn der an sich tatbestandlich Handelnde in dieser Sphäre etwas Positives der Gefahr entgegensetzt, was sie aufhebt oder verringert.

Damit sind aber die Würfel insoweit gefallen, als man auch bei § 184 von der Sexualerziehung ausgehen muß und dann auch hier das Eingreifen oder Nichteingreifen des Erzieherprivilegs zu messen ist.

Was diese Voraussetzung für den Einzelfall bedeutet, sei an folgenden Beispielen dargestellt:

- Tochter oder Sohn werden bei der Lektüre einer Schrift i.S.d. § 184, die sie sich selbst besorgt haben, angetroffen. Eltern, die versuchen,

die Pornographie für den betroffenen Jugendlichen als Erscheinung seiner sozialen Umwelt einsichtig zu machen, handeln mit Sicherheit i.S.d. Erzieherprivilegs. Indes braucht man eine solche Konstruktion für diese Fälle gar nicht, weil der Vorgang schwerlich tatbestandsmäßig ist. Die Eltern haben nämlich hier pornographisches Material nach den gängigen Definitionen weder angeboten, d.h. sich zur Besitzübertragung bereiterklärt¹⁾ noch überlassen, d.h. zur eigenen Verfügung den Besitz verschafft²⁾ noch zugänglich gemacht. Zugänglich gemacht auch dann nicht, wenn man diesen Begriff in mehreren Schattierungen auslegt: Einmal das Gelassenlassen von Pornographie in den Wahrnehmungs- und Herrschaftsbereich mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme, zum anderen sonst weitergehenden Möglichkeiten zur Kenntnisnahme z.B. Vorzeigen, Vorlesen usw.³⁾.

Man muß also, um deutlich in den Tatbestand des § 184 hereinzukommen, schon von der Situation ausgehen, daß der zu Privilegierende pornographisches Material selbst einbringt, sei es durch Übergabe einer Schrift oder durch das Zulassen, daß Übergeben wird, sei es durch gemeinsames Abhören oder Ansehen entsprechender Darstellungen oder das Zulassen, daß dergleichen geschieht. Sieht dieser Ausgangsfall im weiteren Ablauf dann so aus, daß diskutiert

1) Schönke-Schröder (Lenckner), § 184 Rdnr. 7; Sigusch, Gutachten, S. 301 (366 f.); Schönfelder, Gutachten, S. 914 (924); a.A. Mezger, Gutachten, S. 937 (940 f.); Affermann, Gutachten, S. 958

2) Schönke-Schröder (Lenckner), § 184 Rdnr. 8; vgl. auch Becker, Ruthe, FamRZ 1974, S. 509

3) Schönke-Schröder (Lenckner), § 184 Rdnr. 9

wird, daß der Erzieher sich, was er von Anfang an vor hatte, so positiv erziehend wie subjektiv möglich verhält, so muß ihm das Erzieherprivileg zur Seite stehen.

Wie aber ist das Geschehen zu beurteilen, wenn als tatbestandsmäßige Handlung ein Zugänglichmachen in der Form vorliegt, daß Eltern pornographisches Material herumliegen lassen¹⁾, oder sie es aus Gleichgültigkeit zulassen, daß Jugendliche pornographische Filme mitansehen, ohne begleitende Erklärung, ohne erzieherischen Akt. Vom Wortlaut des § 184 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 könnte auch dieses vom Erzieherprivileg gedeckt sein. Von den oben aufgestellten Anforderungen an die Personensorge her kann das Ergebnis aber nicht richtig sein, denn der Vorgang zeigt gerade keine Bezüge zur Personensorge. Es handelt sich hier vielmehr um den Parallelfall zu den Beispielen bei § 180, wo das Erzieherprivileg der amtlichen Begründung nach auf den Gedanken des pädagogischen Notstands gestützt war (vgl. o., S. 44 ff.). Daß man evtl. gerade im Rahmen des § 184 auch diese Fälle straffrei lassen will, ist einer Diskussion wert, aber kann man das unter dem Gesichtspunkt einer Privilegierung von Erziehung tun?

5.2.6. Kritik zu den einzelnen Formulierungen des Erzieherprivilegs bei § 184 Abs. 4

5.2.6.1. Die spezielle Teilnehmerproblematik

Für die Teilnehmerproblematik gilt das oben zu § 180 Ausgeführte entsprechend (vgl. S. 62 ff.).

1) Vgl. Schönke-Schröder (Lenckner), § 184 Rdnr. 9
19. Aufl. 1978

Es kommt also, um das verlängerte Erzieherprivileg "durch die Hintertür wieder hineinzuziehen", einmal darauf an, daß der Dritte Teilnehmer ist, dann ist er straflos. So z.B. in dem immer wieder zitierten Buchhändlerfall¹⁾, in dem der Händler, dem Vater eine pornographische Schrift verkauft, wovon er weiß, daß dieser sie seinem Sohn überläßt.

Einer Überlegung wert ist der Fall desjenigen Buchhändlers, der direkt an den Jugendlichen, allerdings mit Einverständnis des Vaters, übergibt. Die Konstruktion der Beihilfe, abgestellt auf die Kriterien Tatherrschaft und Täterwillen, wird hier schwieriger, wenn nicht unmöglich. Verneint man eine Teilnahme des Buchhändlers, käme man zu seiner Strafbarkeit als Täter.

Es müssen auch hier die Grundsätze herangezogen werden, die bereits zu § 180 entwickelt wurden, und i. S. des § 21 GJS (Abs. 4) von gesetzeswegen berücksichtigt werden: Handelt ein Dritter auf Geheiß und mit ausdrücklichem Einverständnis des Personensorgeberechtigten, so ist dieser Akt der Einzelübertragung von Art. 6 Abs. 2 gedeckt, muß also auch für den betroffenen Dritten zur Straflosigkeit führen. Eine andere Ausgangssituation findet sich in den Fällen, in denen ein Lehrer in der Schule zu Unterrichtszwecken pornographisches Material einführt. Hier läuft der Fall dann völlig parallel zu den oben bei § 180 erörterten Beispielsfällen aus dem Bereich Eltern/Schule. Im Endergebnis muß der Lehrer, der sich auf die Einwilligung der jeweiligen Eltern berufen kann, ebenso straflos bleiben, als wenn die Eltern selbst die "Täter"

1) Vgl. Schönke-Schröder (Lenckner), § 184 Rdnr. 63

wären. Diese Konsequenz erfordert aber ein Höchstmaß an Kommunikation zwischen Elternhaus und Schule, was gefordert werden könnte und müßte, aber nicht unbedingt stets Realität ist. Liegt dieses Einverständnis der Eltern nicht vor oder handelt der Lehrer bewußt als eigener Erziehungsfaktor, kann ihm ein auf Art. 6 Abs. 2 GG gestütztes Erziehungsrecht nicht zuste- hen, eine direkte Strafflosigkeit wäre zu verneinen was man bedauern mag, aber jedenfalls bei der jetzigen Ausgestaltung des Erzieherprivilegs durch keine Auslegung zu erreichen ist. Man muß diese Konsequenz sehen, obwohl gerade das Verhal- ten dieses Lehrers effektiver Jugendschutz sein kann. Dieser positive Effekt eines ausgedehnten Erzieherprivilegs ist kaum in die Diskussion eingeflossen. Diese wird im Gegenteil davon be- stimmt, mit möglichst heftigen Worten die Vor- kommenisse in Falkenlagern u.ä. Freizeitveran- staltungen zu schildern, die man dann auch noch privilegieren würde¹⁾. Nur verdrängen in einer sachlichen Diskussion diese "Auswüchse" nicht die zahllosen, unspektakulären Fälle, wo durch Lehrer oder Jugendgruppenleiter "zum Wohle" des Jugendlichen positiv "aufgeklärt" und damit ge- schützt wird, die jetzt aber "theoretisch" noch strafbar sind.

5.2.6.2. § 184 Abs. 1 Nr. 2 und das Erzieher
privileg

Nach dem Wortlaut des Gesetzestextes ergibt sich kein Problem, da keine Beziehungen zwischen

1) Diskussion zum Gutachten Kentlers, aaO., S. 1038 f.

dem Erzieherprivileg und § 184 Abs. 1 Nr. 2 vorhanden sind. Schröder brachte aber schon in seiner Kommentierung hier ein Problem des Erzieherprivilegs ein, dessen Lösung über den Fall hinaus grundsätzliche Bedeutung hat.

Es soll in einem "a-maiore-ad-minus -Schluß" das Erzieherprivileg auch für § 184 Nr. 2 gelten. Allerdings nur für die Fälle, in denen der Ort, an dem pornographisches Material zugänglich ist, vorrangig von Jugendlichen betreten wird, die "der Personensorge des Handelnden unterliegen"¹⁾.

Zunächst erscheint fraglich, ob dieses Ergebnis i.S. der Vorschrift des Erzieherprivilegs richtig sein kann. Stellt man bei § 184 zur Begründung des Erzieherprivilegs ab auf zweifelhafte oder fehlende Gefährdung des Rechtsguts, dann ist diese Argumentation folgerichtig, Gerade diese Ausgangsthese wurde aber angezweifelt (vgl. oben, S. 84 ff.).

Nimmt man auch bei § 184 als Hintergrund nur den Erziehungsgedanken, dann kann die Ausweitung auf die Nr. 2 nicht ohne weiteres vollzogen werden. Die in dieser Ziffer enthaltenen Begehungsalternativen, daß jemand an einem Ort, der Personen unter 18 Jahren zugänglich ist oder von ihnen eingesehen werden kann, Pornographie ausstellt, anschlügt, vorführt oder sonst zugänglich macht, schließen ein zu privilegie-

1) Schönke-Schröder, 17. Aufl., § 184 Rdnr. 65; ebenso Schönke-Schröder, 18. Aufl., aaO.

rendes Verhalten nach den oben zugrunde gelegten Kriterien in der Mehrzahl der Fälle aus. Stellt man darauf ab, daß in der Nr. 2 als strafbar angesehen wird, wenn es der Täter mehr oder weniger bewußt dem Zufall überläßt, ob der Jugendliche Pornographisches mitkonsumiert oder nicht, so liegen diese Fälle nah an denjenigen, in denen von Erwachsenen Pornographie aus Nachlässigkeit herumliegelassen wird. Das Erzieherprivileg soll also in diesen Fällen gerade nicht eingreifen, da seine Voraussetzungen nicht vorliegen.

Das hier schon von Schröder für diesen Einzelfall angesprochene Problem stellt sich allerdings im größeren Umfang dann, wenn man überlegt, ob überhaupt das vom Gesetzgeber so eng gefaßte spezielle Erzieherprivileg herangezogen werden kann, um auch für andere Tatbestandsalternativen oder sogar für völlig andere Tatbestände seine Wirkung zu zeitigen¹⁾.

5.3. Das Erzieherprivileg bei § 131

5.3.1. Besonderheiten bei der Entstehung des § 131

Im Anschluß an das Sachverständigen-Hearing zum Sexualstrafrecht, bei dem in beeindruckender Weise von verschiedener Seite auf die Gefährlichkeit von Gewaltdarstellungen hingewiesen wurde, machte der damalige Bundesjustizminister Gerhard

1) Vgl. hierzu S. 108 ff.

Jahn den Vorschlag, in einem besonderen Paragraphen "die Darstellung von Gewalttätigkeit unter Strafe zu stellen"¹⁾.

Der ministerielle Gesetzesvorschlag ging im Tatbestand von einer Strafbarkeit bloßer Schilderungen von Gewalttätigkeiten gegen Menschen in grausamer oder sonst unmenschlicher Weise durch die Medien aus. Ein Erzieherprivileg war nicht vorgesehen.

Der Sonderausschuß für Strafrechtsreform entschloß sich, den Vorschlag des Ministers aufgreifend, eine Vorschrift gegen Gewalt in den Entwurf eines 4. Gesetzes zur Strafrechtsreform aufzunehmen. Im Laufe der Beratungen erhielt der § 131 hier seine endgültige Fassung. Damit dürfte aber der § 131 auf ungewöhnliche Art und Weise in das StGB gelangt sein. Beteiligt waren jedenfalls nicht direkt die verfassungsmäßigen Organe. Gem. Art. 70 GG können Gesetzesvorlagen beim Bundestag aus der Mitte des Bundestages, durch den Bundesrat oder durch die Bundesregierung eingebracht werden. Für ein Tätigwerden der Bundesregierung reicht nicht aus, daß der Justizminister ohne Beschluß des Kabinetts tätig wird. Die "Mitte des Bundestages" ist ordnungsgemäß ebensowenig tätig geworden, denn es fehlt zumindest die 1. Lesung eines solchen Gesetzesvorschlags.²⁾

1) Bulletin der Bundesregierung vom 2. März 1971
zit. nach Gerhardt, Gewaltdarstellungsverbot
und Grundgesetz, S. 18

2) Vgl. zu diesen Vorgängen ausführlicher
Gerhardt, aaO., S. 18 ff.

5.3.2. Bemerkungen zum Hintergrund des § 131

Im Rahmen dieser neuen Strafvorschrift, die sich gegen Verherrlichung und Verharmlosung von Gewalt und gegen die Aufstachelung zum Rassenhaß richtet, ist eine bemerkenswerte Tendenz zu beobachten: Dieser Straftatbestand ist und soll eine Art "Überzeugungsvorschrift" sein. Es soll ein "Signal gesetzt werden"¹⁾, Gewalt soll in ihrer Existenz angeprangert werden. Trotz des Leerlaufens entsprechender Strafmöglichkeiten im GjS - durch die §§ 1 Abs. 1 S. 2, 21 GjS war stets die Möglichkeit vorhanden, unsittliche, verrohend wirkende, zur Gewalttätigkeit, Verbrechen oder Rassenhaß anreizende, sowie den Krieg verherrlichende Schriften, Abbildungen usw. zu erfassen - trotz der Streitigkeiten um die Grundsatzthese, ob der Konsum von Gewaltdarstellungen überhaupt individual oder sozial schädlich ist, hat der Gesetzgeber sich für die Strafvorschrift des § 131 entschieden.

Bei der Reform des § 184 ist man auf der Ebene der Pornographie zu einem umfassenden Verbot für die sog. harte Spielart u.a. bei der Kopplung von Sexualität und Gewalt gekommen, über diesen Bereich weit hinausgehend existiert nun ein Verbot für Gewaltverherrlichung oder - verharmlosung schlechthin.

Der Gesetzgeber hat sich zur Vorschrift des § 131 bekannt, wohl sehend, daß die Rechtsgutgefährdung auch hier nicht empirisch eindeutig nachweisbar ist²⁾, mit dem erklärten Ziel, das Risiko einer

1) BT-Drucks. VI/3521 S. 7

2) Vgl. Jahn in: Gewaltdarstellung und Pornographie im Rundfunk, S. 10; ebenso amtliche Begründung, BT-Drucks., 3521/S. 5

möglichen Gefährdung zu verringern, weil diese nach seiner Meinung bei § 131 noch schwerer wiegt, da die Gefährdung des einzelnen oder der Allgemeinheit bedeutungsvoller ist als bei der Pornographie. Interessant sind die einzelnen Faktoren, die den Gesetzgeber in die jetzt eingeschlagene Richtung gebracht haben.

Hier ist zunächst die oben schon kurz angesprochene Sachverständigenanhörung zu nennen. Dort war die These, daß pber Medien konsumierte Gewalt gefährlicher sei als Pornographisches, stark hervorgetreten und von nahezu allen Gutachtern aufgegriffen worden. Wirkungsvoll dürften vor allem die Worte Mitscherlichs gewesen sein: "Die aggressive Schundliteratur ist für mich als Psychologe ein viel größeres Problem als die Pornographie. Aber, da die Menschheit die Aggression nicht tabuiert, vor allem dort nicht, wo sie kollektiv ausgeübt werden darf, läßt sie diese aggressive Schundliteratur eben zu".¹⁾

Fast hat man das Gefühl, die an der Gesetzgebung beteiligten Personen wollten Mitscherlich eines Besseren belehren, indem in den zuständigen Gremien diesem Verhaltensmuster einmal nicht entsprechen werden sollte.

Unterstützt wurde die Meinungsbildung weiterhin durch Tagesereignisse, so etwa dem Kevelaer Mordfall, in dem die Angaben der Täterinnen, durch den TV-Film "Die Lustpartie" zur Tötung angeregt worden zu sein, einen Zusammenhang zwischen Mediengewalt und Verbrechen andeuten²⁾

1) Mitscherlich, Gutachten, S. 968

2) WAZ v. 10.9.1975 und 11.9.1975

Ebenso die Meldungen zum Mönchengladbacher Steinwurf-Fall, wo es in Zeitungsartikeln hieß, die jugendlichen Täter hätten vor der Tat einen der Katastrophen-Filme gesehen¹⁾. Wie sehr hier Zusammenhänge wirklich vorhanden waren oder wie sehr in solchen Meldungen das "Schwimmen auf einer Welle" zum Ausdruck kommt, muß dahingestellt bleiben. Daß bei gewissen Filmen Nachfolgeverbrechen vorgekommen sind, ist spätestens seit den Halstuchmorden Allgemeingut²⁾.

So positiv man auch das Vorhaben des Gesetzgebers, die Gewalt als Mittel zwischenmenschlicher Auseinandersetzungen durch ein strafrechtliches Verbot zu stigmatisieren, bewerten mag, so stellen sich - von Praktikabilitätsabwägungen, Verfassungskonformität und der Problematik der tatbestandlichen Fassung einmal abgesehen -³⁾ noch folgende Bedenken. Beobachtet man die gesellschaftliche Szenerie in Sachen Gewalt, so wird auffällig eine landläufige verbale Bereitschaft, sich gegen Gewalt zu engagieren, andererseits aber die existierende Tendenz, Gewalt vermittelt durch Medien zu konsumieren. So weisen einschlägige Filmproduktionen steigende Besucherzahlen auf, werden beim Massenphänomen Sport "gewisse Unsportlichkeiten" als sozial üblich toleriert, steigt zum anderen das Interesse an Sportarten, die neben körperlicher Betätigung vor allem die gewaltsame Auseinandersetzung mit dem Gegner zum Inhalt haben.

1) WAZ v. 12.9.1975 und 3.9.1975

2) Vgl. hierzu den Hinweis bei Lange, Heinitz-Festschrift, S. 594 auf eine Arbeit von Deartius, in der in 30 Fällen nachgewiesen wird, daß das Fernsehen als mittelbares verbrechenverursachendes oder -auslösendes Element in Frage kommt.

3) Vgl. die Kritik v. Gerhardt, aaO., S. 90

Auf dieser Linie liegt auch der zu beobachtende allgemeine Gewöhnungseffekt gegenüber der filmischen Demonstration brutaler Verbrechen wie Geiselnahme oder gegenüber dem Kriegsgeschehen in anderen - eben fernen - Ländern. Insgesamt jedenfalls erscheint der Sensibilitätsgrad gegenüber der Gewalt, die man medienhalber konsumiert, nicht hoch und ständig sinkend. Anhand dieses Hintergrundes ist zu bezweifeln, daß man das Phänomen Gewalt je strafrechtlich in den Griff bekommen kann. Dem Optimismus des Gesetzgebers folgend, stellt sich aber das weitere Problem, ob der § 131 geeignet sein kann, als Strafvorschrift den gesetzgeberischen Erwartungen gerecht zu werden. Die konkrete Gestaltung des Tatbestandes, die bereits einer breiten Kritik unterworfen ist, vor allem die Anlehnung an § 184, verheißt nichts Gutes. Beschäftigt man sich mit dem Tatbestand, wird immer zweifelhafter, ob es mit Hilfe des § 131 gelingen kann, auch nur den Ansatz eines neuen Tabus zu schaffen.

5.3.3. Überblick zur Problematik des Tatbestandes

Der § 131 wendet sich einmal gegen Material i.S. von § 11 Abs. 3 StGB, das zum Rassenhaß aufstachelt.

Weiterhin sollen besonders exzessive Formen von Gewaltdarstellungen erfaßt werden¹⁾. Deshalb sind gewisse Einengungen in die Vorschrift eingebaut: Es müssen sich die Gewalttätigkeiten einmal gegen Menschen richten, sie müssen grausam oder

1) Amtliche Begründung, BT-Drucks. VI/3521, S. 6
s. auch Laufhütte, JZ 74, S. 50

sonst unmenschlich geschildert sein und durch diese Schilderung muß schließlich eine Verherrlichung oder Verharmlosung zum Ausdruck kommen.

Hammerschmidt bezeichnet diese Korrekturmöglichkeiten als eine ganze "Kleiderkammer von Kostümen, in die die Gewalttätigkeit, um strafbar zu sein, passen muß"¹⁾. Beleuchtet man den § 131 unter dem Gesichtspunkt, ob die Vorschrift justitiabel ist, so stellen sich in der Tat schwierige Fragen: Wie weit oder wie eng ist der Begriff der Gewalttätigkeit gegen Menschen zu ziehen? Muß etwa der Vorgang sich direkt in der Verbindung Mensch gegen Mensch abspielen oder reicht auch die mittelbar gegen Menschen gerichtete Gewalt aus?

Ist also etwa auch die Darstellung von Bombenanschlägen, bei denen zwangsläufig Menschen in Mitleidenschaft gezogen werden, erfaßt? Auch ist umstritten, ob § 131 eingreift, wenn die dargestellte Aggressivität durch Unterlassen begangen wird³⁾. Danach ist z.B. strittig, ob eine Darstellung, in der ein Mensch einen anderen verhungern, verbrennen oder ersticken läßt, unter § 131 fällt. Eine seltsame Streitfrage, wenn man ausgezogen ist, die Gleichgültigkeit gegenüber Gewalt zu stigmatisieren.

Da es nach der gesetzgeberischen Intention für die Strafbarkeit darauf ankommt, daß Gewalttätigkeit in grausamer oder sonst unmenschlicher Weise geschildert und dadurch verherrlicht oder verharmlost werden, ergibt sich für Rechtsprechung und Literatur ein komplexer Frangen- und Wer-

1) Hammerschmidt, Gewaltdarstellung und Pornographie im Rundfunk, S. 29

2) Vgl. Blei JA 73, S. 170 u. Hammerschmidt, aaO.

3) Vgl. Blei JA 63, S. 169; Petters-Preisendanz, § 131, Anm. 2a

tungsbereich¹⁾. Mit diesen Beschränkungen sollten z.B. Darstellungen aus der Strafbarkeitszone herauskommen, die Gewalt verfremdet behandeln, die informieren oder Mißstände durch bloße Schulderung anprangern wollen. Damit dürfte bereits der Abs. 3 leerlaufen, denn die hier vorausgesetzte Berichterstattung fällt tatbestandlich schon nicht in den Abs. 1 des § 131²⁾.

Wichtig ist darüberhinaus die Feststellung, daß der § 131 nicht ausschließlich als Jugendschutztatbestand konzipiert ist, sondern daß ein "allgemeines, sich auch auf Erwachsene erstreckendes Darstellungs- und Verbreitungsverbot"³⁾ angestrebt wird.

Bei § 131 erkennt man größere Gefährdungen, die umfassenderen Rechtsgüterschutz erfordern. Für dieses Vorgehen könnte es zwei Gründe geben, die aber nicht eindeutig hervortreten. Entweder wird dieser Einschluß des Erwachsenen auf Kosten eines umfassenden Jugendschutzes akzeptiert, oder es sollen in der Tat auch Erwachsene vor diesen Darstellungen geschützt werden. Der Amtlichen Begründung nach zu urteilen, könnte beides eine Rolle gespielt haben.

Mit dieser Grundkonzeption aber begibt sich das Strafgesetz der BRD auf Neuland. Vorhandene Parallelvorschriften im Ausland stellen allein auf den Jugendschutz ab. So z.B. die gesetzliche Regelung in Italien, durch die Veröffentlichungen erfaßt sind, die wegen der den Kindern und Jugendlichen eigenen Sensibilität und Erregbarkeit ge-

1) Schönke-Schröder, § 131, Rdnr. 1-8; Dreher, § 131 Anm. 1

2) Vgl. Blei, JA 73, S. 169

4) BT-Drucks. VI/3521, S. 6 ebenso Jahn, aaO., S. 13

eignet sind, ihr sittliches Empfinden zu beleidigen oder für sie einen Anreiz zum sittlich Verdorbenen, Verbrechen oder Selbstmord darstellen. Auch in der entsprechenden englischen Vorschrift sind unter Strafe gestellte Bildergeschichten und andere Darstellungen, die die Begehung von Verbrechen, Akte von Gewalt und Grausamkeit oder Ereignisse von abstoßender Natur in der Weise darstellen, daß die Darstellung geeignet ist, Kinder und Jugendliche zu korrumpieren¹⁾.

5.3.4. Überblick über den Theorienstreit zur Wirkung von Gewaltdarstellungen

Uum § 131 muß noch festgestellt werden, daß die Ausgangsthese von der Gefährdung des einzelnen und der Gesellschaft durch Gewaltdarstellungen in sich wissenschaftliche stark umstritten ist. Weder für Kinder und Jugendliche noch für Erwachsene lassen sich gesicherte Ergebnisse finden. Zur Schutzgutbestimmung und tatbestandsmäßige Gefährdung desselben können daher nur Vermutungen beigetragen werden. Die Theorien von Psychologie und Soziologie kommen zu durchaus verschiedenen Ergebnissen.

Konträr zu der Ausgangsbasis des Gesetzes steht z.B. die Aussage der sog. Katharsisthese. Diese - hauptsächlich von Feshbach vertretene Theorie²⁾ geht davon aus, daß durch das Betrachten stellvertretender Aggressivität das vorhandene Aggressionspotential abgebaut, gerade nicht entfaltet

1) Gesetzestexte entnommen bei Hammerschmidt, aaO. S. 10

2) Feshbach, The Cathartic Effect: Research and Another view, in: Report Violence and the Media 1969, S. 402 ff.; zit. nach: Keilner-Horn, S. 32 u. S. 71

oder gesteigert wird. Hiernach hat die Mediengewalt Ersatz- oder Ventilfunktion. Es dürfte also theoretisch bei Richtigkeit dieser Grundaussage Mediengewalt keine Umsetzung hervorrufen, Mediengewalt müßte vielmehr zur Verhinderung von Gewalttaten beitragen.

Die Katharsisthese ist das theoretische Ergebnis einer Versuchsreihe, in der festgestellt wurde, daß das kontinuierliche Ansehen von Gewaltprogrammen zu keiner Steigerung aggressiver Verhaltens-tendenzen führte¹⁾. Zur Kritik an der Katharsisthese macht etwa Maccoby folgende Bedenken geltend²⁾: Auch bei Annahme einer zunächst eintretenden Entspannung, bleibt die Frage, wie lange diese andauert, ob nicht dann, wenn der Rezipient aus seiner Phantasiewelt in die reale frustrierende Alltagssituation zurückkehrt, er erneut aggressive Tendenzen entwickelt. Auch bleibt von der Katharsistheorie ungeklärt, wie das Phänomen Gewalt sich auswirkt, wenn durch Mediengewalt allgemein ein Klima geschaffen wird, das Gewalt mit Neugierde und Toleranz betrachten läßt, ob auch dann noch an einer Ventilfunktion festgehalten werden kann.

Gegen die Lösung des Gesetzgebers spricht auch die sog. Inhibitionsthese von Berkowitz³⁾. Sie geht davon aus, daß das Betrachten von Gewaltszenen selbst Aggressionsangst auslöst, die ihrerseits Hemmungen gegen eigene Aggressivität bestärkt. Diese Theorie ist allerdings entscheidend beeinflusst von dem Begriff der Frustration. Bei

1) Z.d. Versuch im einzelnen vgl. Kellner-Horn, S. 10

2) Maccoby zit. in G. Maletzke, Psychologie der Massenkommunikation, 1963

3) Berkowitz, Effects of Filme Violence and Inhibition against subsequent Aggression in: Journal of Abnormal and Social Psychology 1963, S. 405-412, zit. nach Kellner-Horn, S. 13 ff. u. S. 69

den von Berkowitz ausgewerteten Versuchen ergab sich, daß eine vorherige Frustration der Versuchspersonen zentrale Bedingung für das Reaktionsverhalten auf Mediengewalt überhaupt darstellte¹⁾.

Ganz auf der Linie des Gesetzgebers liegt schließlich die sog. Stimulationsthese von Bandura²⁾, die besagt, daß Mediengewalt zu aggressivem Verhalten anregen kann bzw. zum Erlernen solcher Verhaltensweisen Anstöße gibt. Bei den hier durchgeführten Versuchen hatte sich herausgestellt, daß Kinder, denen man Gewaltszenen vorgeführt hatte, aggressiver reagierten als Kinder, die die Gewaltszenen nicht gesehen hatten.

Zusammenfassend läßt sich nur sagen, daß die Wirkungsweise von Gewaltdarstellungen nicht eindeutig geklärt werden kann. Den einzelnen Theorien und ergänzend vorhandenen soziologischen Untersuchungen könnte man lediglich entnehmen, daß durch den Konsum von Mediengewalt allein kein Konsument kriminell oder auffallend aggressiv wird. Trifft jedoch der Konsum dieses Materials auf bestimmte Persönlichkeitsvoraussetzungen und befindet sich der Betroffene in einer ganz bestimmten sozialen Situation, kann es zur Auslösung aggressiver Handlungen kommen.

Auf der Grundlage der ihn begründenden Theorie geht der § 131 als abstraktes Gefährdungsdelikt allein davon aus, daß Rechtsgutsverletzungen nur

1) Dreher, S. 79 ff.

2) Bandura, Transmission of Aggression Through Imitation of Aggressive Models, in: Journal of Abnormal and Social Psychology 1961, S. 575 ff., zit. nach Kellner-Horn, S. 17 u. S. 68

zu vermuten sind, daß aber von der Möglichkeit einer Individual- oder Allgemeingefährdung auszugehen ist. Dieses Risiko einer Gefährdung soll strafrechtlich erfaßt sein.

5.3.5. Das Erzieherprivileg bei § 131

Wie aber kann man in diese Strafvorschrift das Erzieherprivileg einordnen? Bei der oben geschilderten Ausgangslage des Gesetzgebers überrascht seine Existenz an sich schon. Es muß um eine Privilegierung zu rechtfertigen, dem tatbestandlichen Verhalten des Personensorgeberechtigten einiges an Positivem entgegengesetzt werden, um zu erklären, daß trotz der so hoch eingeschätzten Gefährdung bei § 131 das Erzieherprivileg zu Recht besteht.

Darüberhinaus drängt sich der Verdacht auf, daß es nicht bewußt in den Tatbestand hineingenommen wurde, sondern nur mehr oder weniger aus Versehen, weil bei §§ 184, 21 GJS diese Konstruktion eben auch vorhanden war.

Geht man von dem aus, was schon bei den §§ 180 und 184 für das Erzieherprivileg gefordert wurde, dann müssen in allen hier vorkommenden Fallsituationen an das Verhalten der Eltern höhere Anforderungen gestellt werden. Sind die Gefährdungen hier größer, wovon der Gesetzgeber gerade ausgegangen ist, muß von den Eltern auch mehr verlangt werden an positivem Erziehverhalten, um die Gefährdung konkret auszuschließen. Unverständlich erscheint es, daß in einigen Kommentaren zum Erzieherprivileg des § 131 lediglich auf den § 184 verwiesen wird, obwohl man dort zu dem Schluß gekommen war, daß das Er-

zieherprivileg hier auch seinen Platz hätte, weil mangels Gefährdung den Eltern unbesorgt ein Freiraum zustehen könne¹⁾. Diese Argumentation wird bei § 131 schwierig, denn die schwerwiegende Gefährdungsmöglichkeit begründet den § 131 selbst.

Ganz deutlich wird bei § 131, daß dem Wortlaut nach vom Erzieherprivileg auch alle Formen des "Zugänglichmachen" gedeckt sind. Das sorglose Herumliegenlassen einer entsprechenden Schrift, das bloße Mitansehenlassen einer Fernsehsendung aus Gleichgültigkeit dürfte für das Rechtsgut - Schutz der Jugend - gesteigert gefährlich sein. Gerade die Demonstration durch das Elternhaus, daß Gewalt akzeptiert oder ohne Diskussion als gegeben konsumiert wird - daß man mit diesem Problem allein ist - züchtet geradezu die Faktoren, die den Weg zur tatsächlichen Beeinflussung ebnen, und zur tatsächlichen Umsetzung in Aggressivität beitragen.

Selbst wenn man das Erzieherprivileg als solches - ohne stets mit seiner gesetzlichen Ausprägung einverstanden zu sein, grundsätzlich bejaht, weiß man bei § 131 nicht mehr so recht, ob sich die Argumentationen zur Vorschrift selbst und zu ihrem Abs. 4 nicht widersprechen. Es ist unmöglich, hier eine widerspruchsfreie, harmonische Auslegung anzubieten.

1) Schönke-Schröder (Cramer), § 131 Rdnr. 13; ebenso Schönke-Schröder, 17. Aufl., § 131 Rdnr. 13

5.4. Die Problematik der Fernwirkung des Erzieherprivilegs

Schon bei der Behandlung der einzelnen Tatbestände ist dieses Problem angeklungen. So z.B. als es um die Frage ging, ob man das Erzieherprivileg nicht auch auf gewisse ähnlich gelagerte Fälle des Vermittelns i.S.v. § 180 I Nr. 1 anwenden könnte. Innerhalb des § 180 wäre eine solche Übernahme vertretbar, da sich die Handlungsalternativen - Vermitteln oder Verschaffen von Gelegenheiten in einzelnen Fällen kaum unterscheiden lassen (vgl. oben S. 69 f.). Für diesen engen Fallkreis kommt es auf den Einzelfall an. Stellt man an das Erzieherprivileg vom Begriff der Personensorge her konkrete Anforderungen, wie vorgeschlagen, so ist zunächst zu prüfen, ob der Fall im gemeinsamen Terrain von Vermitteln und Gelegenheitverschaffen liegt, dann ist weiter zu untersuchen, ob unter den Voraussetzungen des Erzieherprivilegs gehandelt wurde. Bei jeweils positivem Ergebnis ist eine Anwendung des Erzieherprivilegs zu bejahen.

Eine zweite Möglichkeit der erweiterten Anwendung ergab sich bei § 184 Abs. 1 Nr. 2. Hierzu wurde jedoch schon dargestellt, daß diese Ausdehnung jedenfalls dann scheitert, wenn man an das Erzieherprivileg bestimmte Anforderungen stellt, die im Rahmen des § 184 Abs. 1 Nr. 2 kaum zu erfüllen sind (vgl. oben, S. 93 ff.).

Wie aber ist der Fall zu beurteilen, wenn die Eltern Beihilfe (§ 27 StGB) leisten zu einer Tat gem. § 182 StGB. Angenommen weiterhin, sie tun dieses aus erzieherischen Motiven und lei-

sten so sexuellen Handlungen durch Gewähren Vorschub (§ 180 I Nr. 2). Schlägt hier das Erzieherprivileg auch für die Beihilfehandlung durch? Die Frage ist - soweit ersichtlich - nicht diskutiert. Gemessen jedoch an dem Schutzgut der reformierten Sexualdelikte, kann die Verführung, die nach h.M. "ein Über das bloße Bestimmen an Intensität hinausgehendes Willfährigmachen einer Widerstrebenden oder mindestens Unentschlossenen durch Mittel wie Geschenke, Alkohol" etc. sein muß¹⁾, kein Verhalten sein, zu dem Eltern aus erzieherischen Gründen privilegiert und daher straflos Beihilfe leisten können.

Diese Variante leitet aber bereits über zu der grundsätzlichen Fragestellung und damit zur eigentlichen Problematik der Fernwirkung: Kann das Erzieherprivileg ausstrahlen auf ganz andere Tatbestände des StGB? Der Gesetzgeber hat sich anlässlich der Diskussion um das Erzieherprivileg klar dagegen ausgesprochen. Bei näherer Betrachtung der in Frage kommenden Vorschriften ergibt sich jedoch ein Überraschendes Bild:

Bedeutung haben könnte eine Ausstrahlung etwa bei § 176 Abs. 5. Bei allen Strafbarkeitsalternativen des Abs. 5 ist ein Handeln des Täters in der Absicht erforderlich, "sich", das Kind oder einen anderen hierdurch sexuell zu erregen. Diese Absicht soll aber nicht vorhanden sein, wenn die Tatbestandsbegehung als Demonstration aus sexualpädagogischen Gründen stattfindet²⁾.

1) Vgl. Dreher, § 182 Rdnr. 2 m.w.Nachw. (36. Aufl.)

2) Vgl. Schönke-Schröder (Lenckner), § 176 Rdnr. 36 mit Verw. auf § 174 Rdnr. 34

Ähnlich ist die Ausgangssituation bei § 174 Abs. 2. Auch hier muß der Täter handeln, um sich oder den Schutzbefohlenen "hierdurch" sexuell zu erregen. Auch hierzu wird festgestellt, daß dieses subjektive Erfordernis nicht erfüllt ist, wenn ausschließlich die Aufklärung des Kindes bezweckt war¹⁾.

Diese globale Festsetzung des Ausschlusses der Strafbarkeit im subjektiven Tatbestand erscheint - verglichen mit der Diskussion zum Erzieherprivileg - nicht unbedenklich. Im § 176 geht es um den Schutz von Kindern (nach der Legaldefinition in § 176 I also um Personen von unter 14 Jahren). Man berücksichtigt aber hier im subjektiven Tatbestand "progressivstes" pädagogisches Gedankengut, dieses dazu in einem Bereich, in dem das Rechtsgut erheblich gefährdet ist.

Ähnliche Einwände gelten auch für § 174 Abs. 2. Nimmt hiernach jemand unter den Voraussetzungen des § 174 Abs. 1 Nr. 1 oder 2, also vor einer Person unter 16 Jahren, die ihm zur Erziehung, Ausbildung oder Betreuung anvertraut ist oder vor einer Person unter 18 Jahren unter Mißbrauch des Erziehungs-, Ausbildungs- oder Betreuungsverhältnisses sexuelle Handlungen vor oder bestimmt er den Schutzbefohlenen dazu, daß er sexuelle Handlungen vor ihm vornimmt, dann könnte auch hier eine pädagogische Tendenz die Absicht i.S. von § 174 Abs. II fraglich werden lassen. Eine solche Konstruktion gibt aber einen "heißen Tip" zum Strafbarkeitsausstieg aus diesen Jugendschutz- und Kindesschutzbestimmungen.

1) Schönke-Schröder (Cramer), § 174 Rdnr. 34 (ebenso die Vorauf.). vgl. auch Schneider, JZ 74, S. 5

Die aufgezeigte Möglichkeit, Erziehung als Ausschlußgrund der Strafbarkeit zu benutzen, ist alles andere als neu. In der Berichterstattung von Herlan über die Rechtsprechung des BGH aus dem Jahre 1955 findet sich folgender Fall¹⁾:

Die Strafkammer der Vorinstanz hatte einem Heimleiter die vollüstige Absicht (i.S.von §§ 174 Nr. 1, 176 Abs. 1 Nr. 3, 175 a Nr. 3 a.F.) abgesprochen, der den ihm anvertrauten Zöglingen beim Onanieren behilflich war, aber nur "zu dem Zweck, sie von diesem Tun und 'unsauberen Gesprächen' abzubringen."

Der BGH hat damals richtig festgestellt, daß zwar die Absicht des Täters erforderlich sei, die auf Erregung oder Befriedigung eigener oder fremder Geschlechtslust gerichtet sei, es aber im vorliegenden Fall schlechterdings unmöglich sei, daß der Angeklagte die zur Diskussion stehende Handlung vorgenommen habe "ohne daß er die Geschlechtslust der Knaben erregt oder gar befriedigen wollte".

An diese Ausführungen des BGH schließen sich für die heutige Situation folgende Fragen an: Kann man sexuelle Handlungen vor einem Kind vornehmen, ein Kind dazu bestimmen, solche vor dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, ohne daß hierdurch die eigene sexuelle Erregung oder die eines Dritten gewünscht und gewollt ist? Selbst wenn erzieherische Motive mitschwingen, dürfte der Schutz des Kindes hier ein starkes Gegengewicht sein. Bei allen einschlägigen Situationen ist vor allem davon auszugehen, daß die Würde des jeweiligen Opfers und sein Recht auf Entfaltung der eigenen sexuellen Persönlichkeit

1) MDR 1955, S. 17

tangiert sein kann. So vor allem bei § 174. Sind überhaupt Fälle denkbar, in denen bei oder trotz Mißbrauchs eines der genannten sozialen Abhängigkeitsverhältnisse die pädagogische Tendenz als strafbarkeitsausschließend durchschlagen kann? Macht man Ernst mit dem Satz, daß eine Strafbarkeit aus § 174 und § 176 entfallen kann, wenn Pädagogik im Spiel ist, drängt sich die Vermutung auf, daß eine Privilegierung von Erziehung in Tatbeständen ohne Erzieherprivileg viel eher, viel leichter und viel weitergehend stattfinden kann.

Unter diesem Gesichtspunkt hätte im Ubrigen auch der oben¹⁾, geschilderte Fall beurteilt werden müssen; denn die Eltern hatten angegeben, sie hätten eine moderne Sexualerziehung praktizieren wollen.

Zusammenfassend läßt sich daher festhalten, daß eine Ausstrahlung im engeren Bereich notwendig sein kann, wobei diese Ausdehnung an der Aussage des Erzieherprivilegs selbst zu messen ist. Es muß diese erzieherprivilegkonforme Einschränkung im Zusammenhang mit dem jeweiligen Tatbestand gesehen werden, für den sie im Einzelfall Geltung haben soll.

Auch bei anderen Jugendschutzdelikten kann ein Erzieherprivileg Auswirkungen haben, aber doch wohl nur dann, wenn auch hier die Anforderungen gestellt werden, die zum eigentlichen Privileg erarbeitet wurden.

1) vgl. oben, S. 52

5.5. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich zu dem Erzieherprivileg in allen Gesetzesbestimmungen sagen:

Ein solches Institut kann als Privilegierung von erzieherischem Verhalten auf dem oben dargestellten Hintergrund nur Sinn haben, wenn es dazu dient, ein Verhalten aus dem Bereich der Strafbarkeit heraszunehmen, das als Ausfluß der Personensorge

a) in Anerkennung moderner Sexualpädagogik davon ausgeht, daß die Eltern-Kind-Beziehung in dem Bereich der Sexualität auf Akzeptierung eines eigenen, selbständigen und frühen Sexualverhaltens des Jugendlichen ausgerichtet sein sollte (§ 180 StGB);

b) erziehend, aufklärend darauf gerichtet ist, daß der Jugendliche Erscheinungen seiner sozialen Umwelt nicht hilflos gegenübersteht, sondern in der Lage ist, sie durch die Hilfe der Eltern zu verarbeiten und zu bewältigen (§ 184 und § 131).

In allen vorstellbaren Fallsituationen muß ein Akt der Personensorge, der Erziehung zu erkennen sein, denn nur dann steht den Eltern der Frei-raum des Art. 6 Abs. 2 GG zur Seite, nur dann ist das Erzieherprivileg durch Art. 6 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich abgesichert und auch vom Begriff der Personensorge erfaßt.

Ob allerdings unter diesem Gesichtspunkt das Erzieherprivileg große Bedeutung als Gesetzesvorschrift bekommen wird, erscheint fraglich.

Ohne die hier gezogenen Einschränkungen wäre das socherlich eher der Fall. Eine laxere Handhabung aber verzerrt den Bezug zu dem, was angestrebt werden soll: Berücksichtigung von Freiräumen in der Erziehung und auch das vielzitierte Recht des Kindes auf optimale Erziehung. Die Konsequenzen eines weiten, die gesamte Spannbreite von Erziehung bis zur Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens berücksichtigendes Erzieherprivileg würde dem Recht des Kindes auf diese optimale Erziehung einen strafrechtlichen Stoß versetzen, alle Ausführungen hierzu als bloße "Effekthascherei" erscheinen lassen.

6. Die dogmatische Einordnung des Erzieherprivilegs

Die in den vorangegangenen Teilen entwickelten Grundsätze zum Erzieherprivileg, insbesondere die empfohlene Beschränkung auf Fälle, die als Ausstrahlung und in Übereinstimmung mit Art. 6 II GG stehen, drängen das Institut für die Frage seiner dogmatischen Einordnung in eine ganz bestimmte Richtung. Zur endgültigen Stellungnahme bedarf es folgender mehrstufiger Prüfung:

Welche Möglichkeiten bieten sich generell zur Einordnung und mit welcher Einordnung erreicht man am besten, daß das Erzieherprivileg ganz bestimmte, erwünschte Aussagen enthält, bestimmte Anforderungen impliziert werden.

Es sind also alle bestehenden Einordnungsmöglichkeiten zu prüfen. Die Entscheidung für oder gegen die eine oder andere kann nur danach ge-

fällt werden, mit welcher man die zugrundeliegenden Vorstellungen und Anforderungen verwirklichen kann.

6.1. Die Lösung des Gesetzgebers

Betrachtet man mit dem Gesetzgeber, ohne die Frage näher zu problematisieren, alle Erscheinungsformen des Erzieherprivilegs einheitlich als Tatbestandsausschluß, dann kann es auf den zweiten Aspekt, die Berücksichtigung des gewünschten Inhalts, nicht ankommen. Diese "große Einheitslösung" aber ist problematisch, weil die vom Gesetzgeber selbst angeführten Fälle zwischen Erziehung und Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens gerade nicht unter einem Obersatz zu behandeln sind. Ihnen liegt kaum eine einheitliche Wertung zugrunde, in der Vielfalt der Fälle werden ganz verschiedene strafrechtliche Gesichtspunkte berücksichtigt. Von dieser Grundaussage mangelnder Einheitlichkeit aller zu erfassender Fälle ist auch der Gesetzgeber ausgegangen¹⁾. Er glaubte aber, mit der Tatbestandsausschlußlösung alle Varianten noch so verschiedener Ausprägung berücksichtigen zu können.

Eine nähere Begründung, warum das so sein muß, wird nicht gegeben.

Hinter dieser Lösung könnten verschiedene Motive stehen. So ist es etwa vorstellbar, daß - abgesehen von der politischen Vorschrift des § 131 - angesichts der Aufgabe, die §§ 180, 184 zu reformieren, sie an bestehende Verhältnisse anzu-

1) Vgl. insbesondere amtliche Begründung, BT-Drucks. VI/3521, S. 44

passen, zu fragen war, ob es überhaupt noch erforderlich ist, den Grundfall des § 180, das schlichte Vorschubleisten sexueller Handlungen, unter Strafe zu stellen. Bei der Reformdiskussion zum § 184 dominierte diese Fragestellung sogar offensichtlich. Bei § 180 hat der Gesetzgeber diese Notwendigkeit mittelbar für eine breite Vielzahl von Fällen verneint. Der hier existierende strafrechtliche Schutz wird allein mit Jugendschutzvorstellungen begründet, die eine Strafbarkeitsandrohung erforderlich machen, wenn Personen unter 16 Jahren betroffen sind und das Erzieherprivileg nicht eingreift. Die sich hieraus ergebende Argumentation könnte sein, das Verhalten der Personensorgeberechtigten sei dem Verhalten jedes beliebigen Täters gleichzustellen, der bei Personen über 16 Jahren sexuellen Handlungen Vorschub leistet. Sein Verhalten sei ebensowenig tatbestandlich zu erfassen, weil es Ausdruck einer Anpassung an die soziale Umwelt, quasi sozial üblich sei.

Diese Gedanken fortführend, gerät man in den Bereich der Lehre vom sozialadäquaten Verhalten, deren Anwendungsfälle nach h.M. zum Tatbestandsausschluß führen¹⁾. Das Verhalten des Personensorgeberechtigten müßte als sozialadäquater Lebensvorgang sachlich gar nicht in den Tatbestand gehören, da es kein Vorschubleisten i. S.d. Gesetzes ist.

Gerade für Vorgänge im familiären Bereich wäre diese Konsequenz und diese Behandlung weder neu noch ungewöhnlich. Bei der Diskussion dieser

1) Welzel, ZStW 58, 491; Welzel, Lehrbuch, 3. Aufl., und 9. Aufl.; vgl. auch Schaffstein, ZStW 72, S. 369 ff.; Hirsch, ZStW 74, S. 69 ff.; Zipf, ZStW 82, S. 643; Kienapfel, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz, vor allem S. 79 ff.

These muß sich aber zunächst die Prämisse bewahrheiten, daß das Erzieherprivileg ein Anwendungsfall für die Lehre vom sozialadäquaten Verhalten sein kann.

Ohne näher auf die Meinungsverschiedenheiten zur dogmatischen Einordnung dieser Lehre selbst eingehen zu müssen, läßt sich vom Boden der h.L. aus festhalten, daß mit sozialadäquatem Verhalten ein "den anerkannten sozialen Verhaltensnormen entsprechendes Verhalten" gemeint ist. Konkret stellt sich die Frage, ob das jeweilig relevante Verhalten der Personensorgeberechtigten im Falle des Erzieherprivilegs ein den anerkannten Verhaltensnormen entsprechendes Verhalten ist. Bejahendenfalls wäre das Erzieherprivileg ein gesetzlich normierter Fall der Lehre von der sozialen Adäquanz.

Geht aber der Gesetzgeber davon aus, daß das Weitergeben von Schriften usw. i.S.v. § 18⁴ an eigene Kinder unter 18 Jahren oder das Vorschubleisten sexueller Handlungen i.S.d. § 180 Abs. 1 Nr. 2 bei 14-16jährigen ein anerkanntes Verhaltensmodell sei, dann ist schwer einsichtig, warum dieses Verhalten als Ausübung des Rechtes aus Art. 6 Abs. 2 GG und als durch dieses Grundrecht legitimiert dargestellt wird. Gerade diese Ausführungen deuten in die spezielle Richtung eines Rechtfertigungsgrundes. Auch hätte man bei Anerkennung eines allgemeinen Verhaltens jedenfalls begründen müssen, warum dieses Verhalten nur für Eltern anerkannt sozial üblich ist. Argumentiert man hierzu, weil dieser Personenkreis der Rechts- und Gütergefährdung positiv etwas entgegengesetzt, dann muß man dieses Positive aber fordern, denn es ist nicht systemimmanent vorhanden. Ein Abstellen auf die Vertrautheit der Beziehung zwischen

Erzieher und zu Erziehendem reicht als Positivum jedenfalls nicht aus. Um eine Rechtsgutsgefährdung auszuschließen, müssen schon höhere Anforderungen gestellt werden.

Diesem Problem der Sonderbehandlung der erfaßten Personengruppe steht man auch gegenüber, wenn man davon ausgeht, daß es sich bei den von §§ 184, 180 erfaßten Vorgängen um Dinge handelt, mit denen die Jugendlichen in ihrer sozialen Umwelt ohnehin konfrontiert werden. Die vollzogene Personenkreisbeschränkung wird dann noch weniger einisichtig. Wenn diese Umwelteinflüsse existieren, kann nicht strafentscheidend sein, daß ohne zusätzliche Anforderungen Eltern die Täter sind oder Dritte.

Darüberhinaus müssen auch die Bedenken angemeldet werden, die bei der Diskussion um die Anerkennung der Sozialadäquanz des Züchtigungsrechts eine Rolle gespielt haben¹⁾. Auch beim Erzieherprivileg dürfte einmal nicht unbestritten sein, ob das zu privilegierende Verhalten wirklich sozialadäquat i.S. dieser Lehre ist. Zum anderen hatte sich der Gesetzgeber aus Gründen des Jugendschutzes entschieden, daß das Vor-schubleisten sexueller Handlungen gegenüber noch nicht 16jährigen oder die Weitergabe von Pornographie an Personen unter 18 Jahren strafbar sein soll, weil durch ein solches Verhalten die ungestörte sexuelle Entwicklung des Jugendlichen gefährdet wird. Es besteht dieses Rechtsgut aber auch den Eltern gegenüber und kann auch durch sie gefährdet werden. Die Eltern

1) Vgl. Hirsch, ZStW 74, S. 78 ff. (113) zum Züchtigungsrecht

können über dieses Rechtsgut nicht ohne weiteres nur und ausschließlich in ihrem Sinne verfügen, sondern für den Einzelfall kann ihnen ein Recht zur Seite stehen, wenn ihr Verhalten etwa von Art. 6 Abs. 2 GG gedeckt ist und sich als erzieherischer Akt zum Wohle des Jugendlichen darstellt.

In einem solchen Fall kann die Strafbarkeit entfallen. Sie kann es auch in anderen Fällen, dann aber nur, wenn auf Entschuldigungsgründe wie etwa die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens oder Ähnliches zurückgegriffen werden kann. Es läßt sich daher das Erzieherprivileg schwerlich in die Lehre von der sozialen Adäquanz integrieren.

Bringt man aber wie der Gesetzgeber die gesamte Palette der Fälle unter einen Oberbegriff, nämlich unter den, daß sie zum Tatbestandsausschluß führen, wird man dem Problem nicht gerecht.

Die Lösung des Gesetzgebers kann man konsequenterweise nur rechtfertigen, wenn man sagt: Wir, der Gesetzgeber, halten weder die Kuppelei noch die tatbestandlichen Handlungen der Weitergabe von Pornographie oder Gewaltdarstellungen für gefährlich und strafbedürftig, zu einer generellen Freigabe - etwa i.S. des AE - konnten wir uns nicht durchringen. Wenigstens den Eltern soll aber diese unsere Grundeinstellung zugute kommen. Gleichgültig wie sie sich verhalten, welche Motivationen auch immer sie leiten mögen, sie sind straffrei, sie verwirklichen den gesetzlichen Tatbestand nicht.

Diese Grundaussage aber kann dem Gesetzgeber nicht einheitlich unterstellt werden, obwohl man so die fortschrittlichere und vielleicht auch ver-

nünftigere Lösung erreicht hätte. Durch die Einzelargumentation wird ersichtlich, daß diese Konsequenz nicht gemeint war. Die vorhandenen Stellungnahmen zum Erzieherprivileg übernehmen zu dieser Frage mehr oder weniger kritisch die Formulierungen der Amtlichen Begründung, wonach das Erzieherprivileg bei Vorlage seiner Voraussetzungen den jeweiligen Tatbestand entfallen läßt¹⁾. Teilweise wird die Möglichkeit einer anderen dogmatischen Einordnung offen gelassen²⁾. Nur bei § 180 Abs. 1 S. 2 tendierte noch Schröder zur Einordnung als Rechtfertigungsgrund³⁾. Völlig zu Recht argumentierte er, daß wenn man von einem bestehenden öffentlichen Interesse an der Verhinderung der sexuellen Betätigung Jugendlicher in den Formen des § 180 Abs. 1 Nr. 2 ausgeht, dieses Interesse auch "durch den Erziehungsberechtigten nicht beseitigt wird", ihm lediglich ein aus Art. 6 Abs. 2 GG abgeleitetes Recht zur Seite stehen kann, die Kinder nach seinen sexualpädagogischen Ansichten zu erziehen⁴⁾.

Für Schröder hätte allerdings diese Aussage die Problematik aufwerfen müssen, warum das Erzieherprivileg bei § 180 anders zu sehen und zu beurteilen ist als bei § 184. Darauf geht die Kommentierung jedoch nicht ein⁵⁾. In der Neubearbeitung haben die Bearbeiter die Einheitlichkeit wiederhergestellt. So führt Lenckner in der 19. Auflage aus, es könne sich nicht um einen Rechtfertigungsgrund handeln, da das Privileg auch

1) Lackner, § 180 Anm. 5a; Petters-Preisendanz, § 180 Anm. 5; Schönke-Schröder (Lenckner, Cramer) § 180 Rdnr. 29; § 184 Rdnr. 61, § 131 Rdnr. 13

2) so noch Dreher, § 180 Anm. 6, 35. Aufl.

3) Schönke-Schröder, § 180 Rdnr. 17a (17. Aufl.) anders die Kommentierung von Lenckner, in der 19. Aufl. 78, § 180 Rdnr. 19 ff.

4) Schönke-Schröder, aaO.

5) Vgl. hierzu auch die Kritik bei Hanack, NJW 74, S. 8

bei einfachen Pflichtverstößen - bei §§ 184 und 131 gar auch bei groben (!) - gelte und das "Handeln des Sorgeberechtigten i.S.d. Zivilrechts nach wie vor rechtswidrig" sei¹⁾. Wäre dies aber nicht eher die Begründung für eine Einordnung in den Schuldbereich? Wie und aus welchem Grunde soll ein schon nicht tatbestandliches Handeln diese Folgen haben?

6.2. Strafausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund?

Zum Erzieherprivileg des § 21 GJS liegt die Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts vor, die, über die einengende Sicht der damaligen Kommentierungen hinaus betrachtet, bedeutet, daß das Erzieherprivileg ein aus Art. 6 Abs. 2 GG entspringender Rechtfertigungsgrund sein soll. In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts taucht die Abgrenzung zwischen Rechtfertigungsgrund und Tatbestandsausschluß gar nicht auf, sondern es geht lediglich um die Auseinandersetzung, ob ein Strafausschließungs- oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Nych diesem Urteil hatte sich jedoch auch beim Gesetzgeber des GJS und den Kommentatoren dieses Jugendschutzgesetzes die Überzeugung durchgesetzt, daß man gut daran tat, sich gar nicht festzulegen und stattdessen die Formulierung "straffrei bleibt" zu gebrauchen, so daß der Ursprung der Einordnungsproblematik bereits in der nichtssagenden Formulierung des GJS liegt, die der Strafgesetzgeber dann zu seinem Vorbild gemacht haben muß.

1) Lenckner, in: Schönke-Schröder, 19. Aufl. 1978, § 180 Rdnr. 19

6.2.1. Das Erzieherprivileg als Strafausschließungsgrund¹⁾

In der Literatur wird auf die Möglichkeit hingewiesen, das Erzieherprivileg als Strafausschließungsgrund zu behandeln²⁾. Vordergründig spricht für diese Einordnung vor allem die im Laufe der Zeit erfolgte Benennung, etwa parallel gesehen zum Angehörigenprivileg des § 258 Abs. 6. Auch könnte die Ausgangssituation zumindest ähnlich wie bei anderen vorhandenen Strafausschließungsgründen sein.

Das Bundesverfassungsgericht ist in seiner oben analysierten Entscheidung davon ausgegangen, es sei nicht möglich, das Erzieherprivileg des § 21 GjS als bloßen persönlichen Strafausschließungsgrund zu betrachten, denn es müßte grundsätzlich eine Übertragung auf einverständlich handelnde Dritte möglich sein. Nach ganz h.M. sind jedoch persönliche Strafausschließungsgründe nicht übertragbar³⁾. Das verlängerte Erzieherprivileg ist gerade gestrichen worden, die Privilegierung beschränkt sich jetzt auf den Kreis der Personensorgeberechtigten und ihre Handlung, so daß dieses Hindernis nicht bestanden hätte.

1) Es soll davon ausgegangen werden, daß sog. persönliche Strafausschließungsgründe gesetzlich normierte Umstände sind, die ohne nähere Angabe von Gründen durch bloßes Gegebensein zur Straflosigkeit führen, daß dazu etwa § 36 die Indemnität von Abgeordneten, § 173 III, § 258 VI und V gehören; z.T. anders Jescheck, Lehrbuch, S. 365

2) Vgl. Schönke-Schröder (Lenckner), § 180 Rdnr. 19

3) Vgl. Schmidhäuser, AT, S. 389; Jescheck, Lehrbuch, S. 364; Schönke-Schröder (Stree) Vorbem. 95 ff. zu § 51

Eine Überprüfung dieser Möglichkeit wirft aber folgende Fragen auf:

Ein einheitliches Prinzip ist bei den sog. persönlichen Strafausschließungsgründen schwerlich zu erkennen. Es handelt sich jeweils um Einzelentscheidungen des Gesetzgebers, die oft ganz verschiedene Gesichtspunkte berücksichtigen. Einigen kann man sich wohl nur auf die Formulierung, daß es sich um besondere Umstände handeln muß, die bei Vornahme der tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Handlung in der Person des Täters vorliegen, die Strafflosigkeit also die Folge einer besonderen persönlichen Beziehung oder Stellung des Täters ist. Diese generelle Voraussetzung erfüllt das Erzieherprivileg. Im Rahmen der oben vorgeschlagenen Zweistufigkeit der Prüfung ist aber darüberhinaus festzustellen, ob mit einer Einordnung als Strafausschließungsgrund eine ganz bestimmte erwünschte Aussage in das Erzieherprivileg hineininterpretiert werden kann.

Um diese Einordnungsmöglichkeit weiter diskutieren zu können, soll zunächst ein Vergleich zu anderen Strafausschließungsgründen gezogen werden.

Eine Angehörigenstellung spielt eine Rolle bei dem Privileg des § 258 Abs. 6. Dieser persönliche Strafausschließungsgrund, wenn man ihn überhaupt so nennen will¹⁾, hat eine Ausgangslage, die

1) Vgl. Stree-Schönke-Schröder, § 258 Rdnr. 39; wonach es sich um einen persönlichen Strafausschließungsgrund handelt, der im Schuld-bereich wurzelt.

untypisch ist. Es kommen notstandsähnliche Gesichtspunkte zur Geltung. Der Gesetzgeber könnte also durch seine Argumentation zum pädagogischen Notstand hier durchaus Parallelen ziehen.

Damit würde aber nur ein Teilaspekt umfaßt, der dazu noch höchst zweifelhaft als Fall des Erzieherprivilegs sein kann (s. oben, S. 44 ff.).

Notstandsähnliche Gesichtspunkte stehen jedenfalls in dem Fallbereich, in dem die Eltern konform mit ihrer Überzeugung von einer fortschrittlichen Sexualerziehung handeln, nicht zur Debatte. Die Parallele zu § 258 Abs. 6 kann also nicht die Lösung der Einordnungsproblematik sein.

Daß es bei dem Bemühen um eine Einordnung überhaupt keine abstrakt und generell richtige Lösung gibt, zeigt z.B. auch die literarische Behandlung des ähnlich gelagerten Problems bei § 139. Im Rahmen dieser Vorschrift geht es darum, daß nach dem Gesetzeswortlaut die Nichtanzeige von Verbrechen beim Vorliegen besonderer Verhältnisse in der Person des Täters straffrei bleibt. Dieses geschieht ohne Einschränkung bei Geistlichen (§ 139 Abs. 2). Familienangehörige, Rechtsanwälte, Verteidiger oder Ärzte sind gem. § 139 Abs. III straffrei, wenn sie sich ernsthaft bemüht haben, den Täter von der Straftat abzuhalten oder den Erfolg zu verhindern und es sich nicht um eines der unter den Ziffern 1-3 aufgezählten besonders gravierenden Delikte handelt.

Zu diesen Ausnahmevorschriften des § 139, die insgesamt Privilegierungen bestimmter personaler Bindungen und Pflichten sind, wird ebenso die gesamte Palette von Einordnungsmöglichkeiten ver-

treten, je nachdem welche Vorstellungen jeweils zugrunde liegen¹⁾.

Eine Behandlung als Strafausschließungsgrund aber würde indizieren, daß es ausreicht, wenn die genannte Person handelt. Bereits damit ist eine Situation gegeben, hinter der ein Grund zur Straffreiheit steht. Weitergehende Anforderungen an das Verhalten können dann nicht gestellt werden. Es ist also fraglich, ob dieses Ergebnis befriedigen kann.

6.2.2. Die Rechtfertigungslösung

Nach diesen Erörterungen drängt sich die letzte Möglichkeit geradezu auf. Im Grunde ist die durch die vollzogene Interpretation des Erzieherprivilegs bereits implizierte Im Anschluß an das Bundesverfassungsgericht kann das Erzieherprivileg als Rechtfertigungsgrund betrachtet werden. Die Begründung des Gerichts, das Erzieherprivileg des § 21 GJS müsse ein Rechtfertigungsgrund sein, weil grundsätzlich einem Dritten nicht die Möglichkeit versperrt sein dürfe, sich bei seiner tatbestandlichen Handlung auf das Einverständnis der Eltern zu berufen, umfaßt allerdings nur einen Teilaspekt.

1) Zu Abs. II wird vertreten:

Tatbestandsausschluß z.B. Welzel, Lehrbuch, S. 494; Liebwein, GA 55, 225 (230); Rechtfertigungsgrund z.B. Lackner, § 139 Anm. 2; Maurach BT, S. 725; Kohlrausch-Lange, § 139 Anm. IV

Zu Abs. III: Daneben noch persönl. Strafaufhebungsgrund vgl. Maurach, BT, S. 725; Welzel, Lehrbuch, S. 518 oder für den Angehörigen Unterfall der schuldausschließenden Unzumutbarkeit, Geilen, JuS 65, 432

Zu fragen bleibt, welche Argumente darüberhinaus für einen Rechtfertigungsgrund sprechen. Dazu ist es notwendig, nochmals auf die zugrunde gelegten Prämissen zurückzugehen: Der § 180 bestimmt, daß bei Verwirklichung des Tatbestandes gegenüber Jugendlichen unter 16 Jahren das Schutzgut der ungestörten sexuellen Entwicklung gefährdet ist.

Diese Grundentscheidung des Gesetzgebers wird gelockert dadurch, daß das Gesetz zugesteht, daß der Personensorgeberechtigte sich über diese strafrechtliche Grenze hinwegsetzen kann.

Ebenso verläuft die Argumentation bei den anderen Bestimmungen: Die Grundaussage des § 184 ist, daß pornographisches Material Jugendlichen unter 18 Jahren grundsätzlich nicht zugänglich gemacht werden darf, nur ein bestimmter Personenkreis darf dies tun.

Diesem kann eine spezielle Berechtigung jedoch nur dann zur Seite stehen, wenn das Verhalten Personensorge, d.h. Erziehung, ist und durch Art. 6 Abs. 2 GG gedeckt ist.

Daß hinter einer strafrechtlichen Rechtfertigung Grundsätze aus anderen Rechtsgebieten - hier aus dem Grundgesetz und dem Familienrecht - stehen können, ist allgemein anerkannt. Es ist zwingend, wenn man von dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung ausgeht¹⁾. Dem Personensorgeberechtigten kann es im Einzelfall erlaubt sein, tatbestandlich zu handeln, wenn er in Ausübung seines Rechtes aus Art. 6 Abs. 2 GG tätig wird. Parallel zum Züchtigungsrecht kann man argumentieren, der Personensorgeberechtigte

1) Vgl. hierzu Engisch, Einheit der Rechtsordnung, S. 55 ff.; Kern, ZStW 64, 262; Jescheck, Lehrbuch AT, S. 219 ff.; BGHSt 11. 241

dürfe in das geschützte Rechtsgut eingreifen, da es "um der Erziehung willen im Rahmen der Rechtsordnung objektiv zu verantworten ist"¹⁾. Damit hat man aber den Art. 6 Abs. 2 GG als Argumentationsfundus noch nicht voll ausgeschöpft. Geht man davon aus, daß Art. 6 Abs. 2 GG inhaltlich wesentlich mehr enthält als die Verankerung des Elternrechts, dann kann auch das Recht des Jugendlichen auf eine optimale Erziehung im Einzelfall verlangen, daß Eltern sich so verhalten, wie es das Erzieherprivileg nach den hier vorgeschlagenen Grundsätzen vorschreibt. Somit ergeben sich zwei typische Rechtfertigungskonstellationen²⁾:

Einmal der Fall erlaubter Zweckverfolgung ohne Notlage (parallel etwa zum Züchtigungsrecht) - von den Eltern her gesehen.

Zum anderen praktisch ein Handeln im Interesse des Betroffenen (parallel etwa zur Einwilligung) - vom Jugendlichen ausgehend.

Bei dieser Ableitung des Erzieherprivilegs lassen sich einzelne Anforderungen erarbeiten, die an ein solchermaßen zu rechtfertigendes Verhalten zu stellen sind. Es muß stets der an sich bestehenden Rechtsgutsgefährdung etwas Positives entgegengesetzt werden, was sie beseitigt oder verringert.

Es ergäbe sich dann endgültig folgendes Bild: Ein Anbieten, Überlassen oder Zugänglichmachen von Pornographie oder gewaltverherrlichenden

1) Vgl. Schmidhäuser, Strafrecht, S. 245 f. zum Züchtigungsrecht

2) Vgl. dazu Schmidhäuser, ZStW 68, S. 41 ff.

oder verharmlosenden Darstellungen (§§ 184, 131), ein Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit zur sexuellen Betätigung (§ 180) ist dann durch das Erzieherprivileg gerechtfertigt, wenn es in Ausübung der Personensorge geschieht und subjektiv nach den Tätervorstellungen auch erzieherischen Zwecken dienen soll. Diese dogmatische Einordnung erzwingt konsequent den erwünschten Inhalt des Erzieherprivilegs.

Das Erzieherprivileg stellt sich so endgültig als ein Institut dar, das seine Funktion darin findet, erzieherisches Verhalten, das in Übereinstimmung mit Verhaltensweisen Jugendlicher steht und optimaler Jugendschutz sein kann, aus dem Strafbarkeitsbereich der entsprechenden Delikte des StGB herauszufiltern.

7. Schlußbetrachtung

Wie oben gezeigt, wäre im Rahmen einer Rechtfertigungslösung eine geschlossene Argumentation zum Erzieherprivileg denkbar.

Allerdings spricht der Wortlaut des Gesetzes bereits gegen eine solche Einordnung, da es in allen Vorschriften heißt, die jeweilige Strafbestimmung sei "nicht anzuwenden".

Darüberhinaus erschwert bei § 180 und § 21 GJS die Mißbrauchsklausel mit dem unbestimmten Begriff des "gröblichen" Verstoßes gegen die Erziehungspflicht die Rechtfertigungslösung, denn was sollte mit den gerade nicht ganz gröblichen Verstößen geschehen, die dann rechtmäßig wären¹⁾.

1) Vgl. Lenckner (Schönke-Schröder), 19. Aufl. 1978, § 180 Rdnr. 19

Auch die Vielzahl der Fälle, die der Gesetzgeber mit dem Erzieherprivileg erfassen wollte, die aber nur schwerlich eine einheitliche Behandlung erfahren können, muß gegen diese Lösung sprechen. Mißt man die zu beurteilenden Fälle konsequent an den festgelegten Rechtfertigungsgrundsätzen, so führt das zu einer bedeutenden Einengung des Privilegs, was dem Willen des Gesetzgebers nicht entspricht. Diese Einengung würde zwar nicht notwendigerweise bedeuten, daß alle vom Erzieherprivileg nicht mehr erfaßten Fälle strafbar sein müßten. Vielmehr stehen zahlreiche andere strafrechtliche Korrektive zur Verfügung, auf die zurückgegriffen werden müßte. Gerade diese Einzellösungen hat der Gesetzgeber aber nicht gewünscht.

Von allen Ungereimtheiten der gesetzlichen Regelung einmal abgesehen, bleibt ein großes Unbehagen zurück. Der Erziehungsgedanke wird nur negativ durch die Ausgestaltung eines Frei- raumes für Erzieher berücksichtigt. Positive Anforderungen zum Wohle des Erziehenden sind nicht gestellt. Der Gedanke der Personensorge hat sich in der positivrechtlichen Gestalt des strafrechtlichen Erzieherprivilegs nicht mehr niedergeschlagen.

Deshalb wird die gängige Inhaltsbestimmung des Erzieherprivilegs den Erfordernissen des Jugendschutzes nicht gerecht. Es fehlt jede konkrete Auseinandersetzung mit dem zugrundeliegenden Schutzgut und es dominiert stattdessen der ausschließlich dem Erwachsenen zugute kommende Privilegierungsgedanke.

Nur auf dem Weg der Rechtfertigungslösung wäre es möglich, diese Bedenken auszuräumen und das Erzieherprivileg zu einem folgerichtigen Instru-

ment des Jugendschutzes auszubauen. Nur durch die angebotene Verankerung des Erzieherprivilegs in Art. 6 Abs. 2 GG und den einschlägigen Bestimmungen des Familienrechts kann vermieden werden, daß das Erzieherprivileg auf eine bloße Berücksichtigung elterlicher Vorrechte hinausläuft, ohne daß der Zusammenhang mit den Belangen der Jugendlichen aufrechterhalten wird. Dabei ist es ein längst fälliger Schritt, den Art. 6 Abs. 2 GG insgesamt auch als verfassungsrechtliche Verankerung des Grundrechtes des Kindes auf eine seinem Wohle dienende Erziehung anzusehen. Die Einengung, die mit der Rechtfertigungslösung zwangsläufig verbunden ist, ergibt sich aus den Funktionen des Erzieherprivilegs, die - notwendigerweise und untrennbar - mit Jugendschutz, Personensorge und Erziehung zum Wohle des Jugendlichen zusammenhängen. Soll die Verwendung dieser Begriffe nicht rein plakativ und ohne sachliche Substanz sein, so müssen die maßgebenden Erziehungsaspekte die Leitidee bilden, die letztlich auch die Auslegung bestimmen, so daß ein Rechtfertigungsgrund des Erzieherprivilegs konsequent erscheint. Es ist daher ein Anliegen an eine kommende Reform, dieses vor allem zu berücksichtigen.

Fruchtbar ist die Auseinandersetzung mit dem Erzieherprivileg de lege lata nur insoweit, als die dazu zwingt, sich mit dem Problemkreis: Erziehung und strafrechtlicher Jugendschutz zu befassen und sich nicht mit der ausschließ-lich negativen Feststellung zu begnügen hat, daß sich Sexualpädagogen um den strafrechtlichen Jugendschutz "einen Schnurz" scheren¹⁾.

Insoweit - und allerdings nur insoweit - hat

1) Kentler, Gutachten, S. 1040

diese als Gesetzesvorschrift in allen Einzel-
fragen mehr oder weniger mißglückte Regelung
auch positive Aspekte.

Die dem Erzieherprivileg zu prognostizierende
Lebenserwartung dürfte gering sein. Was die
praktische Relevanz angeht, so dürfte seine Be-
deutung kaum nennenswert sein. Was den theore-
tischen Stellenwert betrifft, so steht ihm wegen
der verunglückten Rechtstechnik kein hohes An-
sehen bevor.

Die Vermutung, daß es wenige Fälle geben wird,
die, vor Gericht gebracht, Anlaß zur Ausein-
andersetzung mit dem Erzieherprivileg geben
werden, weist in eine ganz bestimmte Richtung,
die bei der gesamten Diskussion um das Er-
zieherprivileg beachtet werden sollte. Es ist
die Frage nach dem Sinn und der Relevanz der
Straftatbestände überhaupt, in denen das
Privileg eine Rolle spielt.

Zur Zeit wird man jedoch mit dieser Besonder-
heit des deutschen Strafrechts leben müssen.

Lebenslauf :

Geboren : 30.06.1950 in Lüdenscheid/NRW

Eltern : Erwin und Agnes Welke

Beruf des Vaters : Redakteur

Schul Ausbildung:

1.4.57 Einschulung in die Volksschule ,Lüdenscheid

1961-1969 Geschwister-Scholl-Gymnasium,

Lüdenscheid

Abitur am 27.Mai 1969

Studium :

Rechtswissenschaften von 1970 bis 1974

in München und Bochum

Examen :

1. Juristisches Staatsexamen beim Oberlandesgericht Hamm am 4.12.1974

2. Juristisches Staatsexamen am 29.Okt. 1978

Referendarzeit :

von 1.3.1976- 28.2.1978 im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm

Wiss. Tätigkeiten :

von 1973-1977 Mitarbeit am Lehrstuhl für Straß-und Strafprozeßrecht , Prof.Dr. Geilen in Bochum ,

seit November 1977 Mitarbeit am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Peter Raisch an der Fern-Universität in Hagen

Beruf:

Wissenschaftliche Assistentin an der Fern-Universität , Hagen

Veröffentlichungen :

Raisch, van Venrooy, Welke-Chlosta, Kartellrecht, C.F. Müller Verlag 1979

